

UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO DE LISBOA



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A POUPANÇA FISCAL

NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER LUCRO E A
NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Paulo Alexandre Grilo Galveia Margalho

Mestrado Científico em Direito Fiscal

2018

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA

Ano Letivo 2017/2018



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER LUCRO E A
NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Paulo Alexandre Grilo Galveia Margalho

01 de junho de 2018

*Tese de Mestrado elaborada no âmbito
do Mestrado Científico em Direito Fiscal
sob a orientação do Senhor Professor
Doutor Gustavo Lopes Courinha.*

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Na convicção de que

*“Nada é mais certo neste mundo do que a morte e os
impostos.”*

Franklin, Benjamim

Será que

*“Evitar os impostos é a única atividade que atualmente
contém alguma recompensa”(???)*

Keynes, John

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

NOTA DE AGRADECIMENTO

Se me é permitido, gostaria de deixar algumas breves palavras de agradecimento às pessoas sem as quais não seria possível a realização deste trabalho, com a conclusão de mais esta etapa académica, profissional e de realização pessoal.

Primeiramente, uma palavra muito especial ao amor da minha vida, a minha mulher, Joana, que me tem apoiado e incentivado incessantemente ao longo de todos estes anos, a quem tudo devo e tudo agradeço.

Uma palavra também de agradecimento à minha família, principalmente aos meus pais e sogros, sem os quais, estas demandas universitárias e tudo o resto não seriam possíveis, permitindo-me, aqui, deixar uma nota muito especial ao meu pai, por ser um exemplo que me esforço por seguir e à minha mãe pela incansável disponibilidade e ajuda.

Deixar uma referência de gratidão ao meu irmão, pela amizade que sempre teve por mim e por tudo o demais.

O meu muito obrigado aos Professores que me acompanharam neste mestrado e que muito contribuíram para a realização do presente trabalho, em especial para o Professor Doutor Gustavo Lopes Courinha, pela orientação, dedicação, disponibilidade, contributo excecional e também pelas palavras de incentivo.

Apesar de não pertencerem ao corpo docente desta Universidade, deixo um agradecimento muito especial à Senhora Doutora Serena Cabrita Neto que me acompanha e orienta nestas caminhadas desde a licenciatura, sem qualquer obrigação, e que se tem mostrado sempre disponível para me ajudar, incentivar e aconselhar; e ao Senhor Professor Doutor Filipe Cassiano dos Santos que fez a gentileza de me nortear nas matérias societárias aqui desenvolvidas.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Deixo, ainda, um agradecimento aos meus colegas de escritório, por terem colmatado as minhas recentes ausências no escritório, suportando o acréscimo de trabalho que as mesmas significaram, tendo estado sempre dispostos a ajudar no que se mostrou necessário.

Também um agradecimento muito especial ao Senhor Professor João Vaz Rodrigues (meu eterno patrono, orientador e confidente, de quem tenho a honra de ser amigo), por me aturar nos meus desabafos e me guiar nas minhas hesitações, quer na atividade profissional, quer na vida académica, ou até na minha vida pessoal, ao longo de todos estes anos.

Uma palavra ainda de apelo à memória do meu amigo António Feliciano Vintém, com quem, ao longo de muitos e bons anos, discuti estes e outros assuntos e que, apesar de nunca ter tido formação jurídica, muito contribuiu para a minha carreira profissional e formação académica, incentivando-me, incessantemente, a procurar para além da letra da lei.

Por último – *but not the least* – um pedido de desculpas aos meus dois queridos e lindos filhos pelas minhas ausências, pouca disponibilidade, acrescida de “resmunguice” nestes últimos tempos, mas que, apesar disso, bem sabem que os amo imenso e que faço tudo por eles. Este trabalho é vosso!

A todos, o meu muito obrigado!

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Lista de Abreviaturas

Ac.	Acórdão
al./ als.	alínea/ alíneas
art.º/ art.ºs	artigo/ artigos
CAAD	Centro de Arbitragem Administrativa
CC	Código Civil
Cf.	Confere
CGAA	Cláusula Geral Anti Abuso
<i>cit.</i>	<i>Citado</i>
C.J.	Colectânea de Jurisprudência
CPC	Código de Processo Civil
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CRP	Constituição da República Portuguesa
Dir.	Directiva
DL	Decreto-Lei
DR.	Diário da República
Ed.	Editor
FDL	Faculdade de Direito de Lisboa
IRS	Imposto Sobre os Rendimentos das Pessoas Singulares
IRC	Imposto Sobre os Rendimentos das Pessoas Coletivas
LGT	Lei Geral Tributária
n.º/ n.ºs	número/ números
pág./págs.	página/ páginas
Rel.	Relator
RGIT	Regime Geral das Infrações Tributárias
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
v.	<i>vide/ver</i>

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Resumo:

O presente relatório final de mestrado visa essencialmente responder a uma questão: – O órgão de gestão societária estará vinculado a um dever de planeamento e poupança fiscal?

Com efeito, se é certo que as sociedades comerciais têm um fim lucrativo e se esse mesmo fim resulta num efetivo direito dos sócios a quinhonar nos lucros, a questão que se colocará, desde logo, será a de se saber se o órgão de gestão tem, “*no reverso da medalha*”, um “*dever de gestão*”, em sentido estrito. Ou seja: – O órgão de gestão está ou não obrigado a gerir o ente societário com vista à maximização da riqueza da sociedade?

Como veremos, tendemos a concordar com a maioria da doutrina comercialista no sentido do reconhecimento desse “*dever de gestão*”.

Constatada a existência do mencionado “*dever de gestão*” sermos confrontados com o princípio “*business judgment rule*”, com a consequente insindicabilidade do “*mérito da decisão de gestão strincto sensu*”, numa espécie de “*despenalização*” ao estilo do movimento “*Assim não*” da atuação incumpridora do “*dever de gestão*” por parte do órgão de gestão.

Chegados a este ponto, entraremos num mundo de certezas relativas quanto ao conceito de “*planeamento fiscal*” e suas delimitações fronteiriças entre a licitude e ilicitude, procurando desvendar as dificuldades e dúvidas doutrinárias e jurisprudenciais, no reconhecimento matemático e milimétrico do que poderemos chamar de “*paralelo 38 da fiscalidade moderna*”, com todo o inflacionar de insegurança e incerteza que daí resulta.

Depois de devidamente assimilados os conceitos supra indicados, dedicarmos-nos ao reconhecimento do direito ao “*planeamento fiscal*”, o qual se mostra mais ou menos pacificado na doutrina, deixando para último o reconhecimento ou não reconhecimento do que se poderá intitular “*sub-dever de gestão fiscal*” por parte

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

dos órgãos de gestão e quais as eventuais consequências da violação desse dever. Caso venha a ser reconhecido, daremos nota do que nos parece ser uma espécie de *“bipolaridade patológica sistémica”* do atual ordenamento jurídico-tributário.

Palavras-chave: Direito das Sociedades Comerciais; Direito Fiscal; Direito ao Lucro; Gestão Societária; Planeamento e Poupança Fiscal; Direito e Dever de Planeamento.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Abstract:

The present master's thesis aims to answer one question: - Is the governing body of a commercial company bound to a duty of tax planning and savings?

Actually, if it is true that commercial companies have profit as an ultimate goal and if that same goal results in an effective right of the partners to their share in profits, the question that immediately emerges, "*on the other side of the coin*", is of knowing if the governing body has a "*duty of management*" in the narrowest sense. In other words: - Is the governing body obliged or not to manage the company focusing in maximizing its wealth?

As we shall see, we tend to agree with the majority of the legal doctrine regarding commercial law in the acknowledgment of that duty.

Established the existence of the mentioned "*management duty*" we are confronted with the "*business judgment rule*" principle, with the consequent unascertainable of the "*merits of the management decision strincto sensu*", like a type of "*decriminalization*" of the incomppliance of the governing body's performance.

Reaching this point, we will enter a world of fragile certainties as to the definition of tax planning and its borderlines between what is licit and what is illicit, in attempt to unravel the doctrinal and jurisprudence difficulties and doubts, of the mathematic and millimetre recognition of what we can call the "*38th parallel north of modern taxation*", with the great deal of insecurity and uncertainty that arises from it.

After properly assimilating the concepts above, we will devote our attention to the recognition of the right to tax plan, a right that has been, more or less, peacefully accepted in the legal doctrine, finally we will approach the recognition or not of what can be called the "*subsidiary duty of tax management*" on behalf of the governing body and the potential consequences of the breach of that duty. In event

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

of recognition of that right, we will give note of what seems to us like a “*pathological and systemic bipolar disorder*” of the current juridical order.

Keywords: Company Law; Tax Law; Right to profits; Company Management;
Tax Planning and Savings; Right and Duty to Tax Planning

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Sumário: *1. Nota Introdutória; 2. Da Sequência do Trabalho e Notas Preliminares; 3. Do Fim das Sociedades; 4. Do Direito ao Lucro; 5. Do Estatuto do Gestor – Deveres do Órgão de Gestão; 6. Da (In)Existência de Neutralidade Fiscal e da Concretização Terminológica do “Planeamento/Poupança Fiscal”; 7. Da Delimitação Transfronteiriça entre o Planeamento Fiscal e a Elisão; 8. Das Consequências Fiscais da Transposição da Linha Transfronteiriça entre a Lícitude e a Ilícitude (Breves Notas) 9. Do Direito ao Planeamento com vista à Poupança Fiscal; 10. Do Dever ao Planeamento com vista à Poupança Fiscal – Posição Adotada (Inconclusiva); 11. Das Conclusões.*

I. NOTA INTRODUTÓRIA

O presente relatório final de mestrado visa o aprofundamento do estudo relativo à temática do planeamento e poupança fiscal no campo de atuação das empresas já, aliás, abordado – em parte – por nós, num dos trabalhos realizados no âmbito da parte letiva deste curso, intitulado de *“O Pecado Original no Planeamento Fiscal – A sua aplicação às Reestruturações e Reorganizações Empresariais”*^{1 2}.

Nesse trabalho, apesar de se terem abordado alguns dos pontos que levamos novamente a estudo, ficámos sempre com a sensação de que poderíamos ir mais além, o que agora nos propomos a fazer, naturalmente com um maior grau de aprofundamento.

¹ Vide Relatório da parte letiva do presente Mestrado Científico em Direito Fiscal, apresentado por nós na cadeira de Direito Fiscal, sob a regência da Senhora Professora Doutora Paula Rosado Pereira, lecionado na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, no ano letivo de 2014/2015.

² O tema do planeamento fiscal também foi por nós abordado, ainda que de forma marginal, num outro trabalho realizado, na parte letiva do presente mestrado, no âmbito da cadeira de Direito Civil – Abuso de Direito, sob a regência do Professor Doutor António Menezes Cordeiro e da Professora Doutora Raquel Rei, no âmbito da parte letiva deste curso, intitulado de *“O Abuso do Direito no Direito Tributário – Dois Pesos e Duas Medidas? A Caminhada pelo Deserto Doutrinário...”* e publicado, sob o mesmo título, in Revista de Direito Civil, Lisboa, Almedina. - Ano 1, n.º 3 (2016), pp. 745 a 783.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Apesar de, na altura, não se ter mostrado possível o desenvolvimento desta questão, mais que não fosse porque a natureza e a especificidade da temática daqueles trabalhos, bem como a sua limitação estrutural não o permitiriam³, sem prejuízo da gratificação intelectual que tivemos na sua elaboração, fomos sendo assolados pela dúvida: – E os gestores? Têm ou não os gestores o dever de atuar no âmbito das suas funções com vista à obtenção dos melhores resultados fiscais⁴?

Ou melhor dizendo: – E o “*planeamento fiscal*” desenvolvido no dia-a-dia das sociedades, ou decidido e aplicado – pelos gestores – noutras operações, negócios, ou atos, para além das tipificáveis como sendo operações de Reestruturação ou de Reorganização Empresarial, para efeitos de obtenção de poupança? E mesmo nestas operações em concreto, os gestores estão ou não obrigados ao que se poderá intitular como “*dever de gestão fiscal*”, com vista à poupança/redução de custos da atividade comercial, estruturais e organizativos⁵?

Mas a vontade de se aprofundarem estas matérias manteve-se inalterada⁶!

³ Parece-nos, inclusivamente, que, atentas as temáticas estudadas naqueles relatórios realizados durante a parte letiva deste mestrado, o presente relatório final, de certo modo, será o óbvio corolário do estudo realizado, complementando-os e desenvolvendo-os numa perspetiva mais abrangente e com maior relevância prática.

⁴ Ao longo do presente trabalho utilizaremos as expressões “*gestores*” ou “*administradores*” num sentido amplo, abarcando, assim, como é evidente, para além dos administradores das sociedades anónimas, também os gerentes, diretores e demais entidades e órgãos com poderes decisoriais, nos diversos tipos societários, tipificados e regulados no direito societário nacional.

⁵ Já no passado dedicamos algumas linhas a esta questão em concreto – vide “*O Pecado Original no Planeamento Fiscal – A sua aplicação às Reestruturações e Reorganizações Empresariais*”, pp. 28 e 29, tendo, nessa altura, manifestado a nossa opinião no sentido de se reconhecer tal obrigação, referindo que “*o gestor está obrigado, por via dos deveres inerente às suas funções, a optar pela operação que menores custos acarretar para a sociedade.*” Tendo nós avançado que “*os deveres de boa gestão dos administradores e/ou gerentes impostos pelo direito societário, bem como o fim último das sociedades, legitimam e de alguma forma desculpabilizam, uma atuação, porventura, mais inovadora e/ou arriscada, que se consubstancia num percurso próximo ou até em cima da linha divisória entre as atuações legítimas e ilegítimas.*” A questão que se coloca no presente trabalho é saber se, após um estudo mais aprofundado e cuidado da temática e após algum amadurecimento mental e introspetivo, será de se manter o aí afirmado.

⁶ E como já dizia Ésquilo “*Quando um homem tem força de vontade, os deuses dão uma ajuda*” e Alexandre Herculano referia que “*É erro vulgar confundir o desejar com o querer. O desejo mede os obstáculos; a vontade vence-os.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Convenhamos⁷: olhar para o planeamento e poupança fiscal exclusivamente na perspectiva das Reestruturações e Reorganizações Empresariais, ainda que de indiscutível relevância teórica e prática, mostra-se algo redutor e até enganador. Desde logo, como certamente concordaremos, porque o planeamento com vista à poupança fiscal é, pode ser, ou deve ser – essa é a *ultima quaestio* – uma preocupação quotidiana na atividade societária e, consequentemente, dos órgãos de administração societária, não estando, naturalmente, limitado apenas e tão só àquelas operações empresariais⁸.

Pretendemos, assim, nesta sede, adotar uma perspectiva de horizonte alargado, cuja panorâmica abordada tenha em atenção a concretização da relevância do fator da planificação e gestão fiscal⁹, no desempenho das funções – também

⁷ Ainda que correndo o risco de se interpretar o agora dito como sendo uma autocritica àqueles trabalhos já realizados, ainda assim a honestidade intelectual obriga-nos a esta tomada de posição. Com efeito, a vida societária e o impacto fiscal das decisões de gestão vão muito para além daquelas operações que poderão nunca vir a existir na vivência de uma empresa, ou, existindo, serão sempre situações excecionais e de diminuta regularidade. São, aliás, inúmeras as sociedades comerciais que, durante a sua existência, nunca se viram na contingência de realizarem aquele tipo de operações de reorganização e reestruturação societárias, bastando desviarmos o nosso olhar para as micro, pequenas e médias empresas que representam a grande maioria do nosso tecido empresarial nacional, conforme facilmente verificável pela análise de dados estatísticos.

⁸ Apesar de se reconhecer que o planeamento fiscal empresarial abrange uma maior diversidade de decisões, atos ou operações do que as operações de reestruturação e reorganização societárias, a verdade é que estas últimas têm sido alvo de uma maior atenção da doutrina, existindo diversos autores que se têm dedicado em concreto a esta temática, sendo exemplo disso mesmo FILIPE LOBO SILVA, in *“As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal”*, Almedina, 2016, pp. 17 e ss., onde alerta para o facto de que *“A reestruturação de empresas constitui um dos mais importantes e interessantes domínios de estudo nas mais variadas áreas do saber (...) A relevância do tema não se limita, no entanto, ao plano estritamente económico-financeiro. As implicações geralmente associadas a estas operações obrigam a que o dinamismo e a celeridade desejados pelos operadores económicos sejam contrabalançados por uma adequada proteção jurídica dos mais variados sujeitos e entidades em cuja esfera jurídica ou patrimonial se repercutem os efeitos da sua realização. Neste plano, são particularmente importantes as consequências nocivas que podem resultar ao nível da concorrência empresarial e que, em ultima instância, atingem o consumidor final (Direito da Concorrência), bem como as eventuais lesões dos interesses legítimos dos credores das entidades envolvidas, decorrentes da reorganização dos ativos e dos passivos inerente a estas operações, e cuja prevenção justifica as cautelas da lei comercial em torno deste tipo de transações (Direito Societário).”*

⁹ Optamos, neste momento, por utilizar as expressões *“gestão fiscal”* e/ou *“planeamento fiscal”* para tratar a mesma realidade de poupança fiscal, sem o cuidado de nos comprometermos, por ora, com uma das diversas expressões utilizadas pela doutrina, até porque, como veremos mais adiante, a

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

quotidianas – dos órgãos de gestão das organizações empresariais^{10 11 12}, tendo em conta a incontestável não neutralidade do ordenamento jurídico-tributário¹³. Nessa senda, pretendemos tentar responder à questão que nos tem assombrado desde então, que consiste em saber se o órgão de gestão tem ou não o **dever**¹⁴ de, no exercício das suas funções de administração societária e no âmbito do direito à

conceptualização doutrinária em redor desta realidade está longe de ser consensual junto dos diversos autores fiscalistas. Mas a este tema voltaremos em breve.

¹⁰ Ao falarmos em organizações empresariais, pretendemos também englobar nesta temática algumas das formas de gestão do negócio comercial que não as societárias e, desde logo, a figura do empresário em nome individual, até porque uma das primeiras questões que se colocará ao nível do planeamento fiscal, nas estruturas empresariais de pequena dimensão será a de se optar pela gestão do negócio abrangido pelo regime jurídico desta figura, ou se é preferível optar-se pela criação de uma sociedade, com indiscutíveis impactos fiscais, como, aliás, fazem notar PAULO CALDEIRA, ANA CLARA BORREGO e JOSÉ DE CAMPOS AMORIM, in *“Gestão fiscal nas pequenas empresas e a importância da forma jurídica: a opção entre ENI e sociedades por quotas”*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal 3, ano IX 3 16, Almedina, p. 81 e ss.

¹¹ Convém ter presente também a figura do empresário em nome individual até porque, de acordo com o INE, em 2016, existiam em Portugal 1 196 102 empresas, das quais 68,2% eram empresas individuais e 31,8% sociedades. Face a 2015, verificou-se um aumento de 3,1% das empresas individuais (+3,2% em 2015) e 2,3% nas sociedades (+2,5% em 2015).

¹² Nas palavras de SOARES MARTÍNEZ, in *“Economia Política”*, Almedina, 8.ª Edição, 1998, pp. 465 e ss. *“Deverá entender-se por empresa toda e qualquer forma de coordenação dos factores produtivos. Estes têm de ser usados conjuntamente, ordenadamente, para que se obtenha qualquer produção. A esse ordenamento corresponde a empresa. É esta que reúne os factores produtivos, que os combina, que os coordena (...) O destino essencial da empresa é a produção (...) O conceito genérico de empresa tem de ser mais extensivo, abrangendo todas as formas de coordenação dos factores, tendo em vista a produção de bens.”*

¹³ Também diremos *infra* algumas breves notas sobre a questão da neutralidade fiscal e da sua inexistência opcional (ou não) por parte do próprio legislador que, em grande medida, justificam o planeamento fiscal. Neste momento, bastamo-nos com esta afirmação, remetendo para mais adiante desenvolvimentos sobre o tema.

¹⁴ Naturalmente, quando se fala aqui e ao longo deste texto em *“dever”*, estamos a referir-nos ao *“dever”* em sentido técnico-jurídico, que se poderá definir como sendo a obrigação dirigida a um determinado destinatário, consubstanciada em norma ou normas, princípio ou princípios do nosso ordenamento jurídico, que determinam uma obrigação de atuação ou omissão em determinado sentido. Estamos, portanto, a falar de uma ou várias prescrições normativas aplicáveis a determinados destinatários, que nos farão concluir ou não pela existência de tal dever legal, normativo e/ou contratual. Caso assim não fosse, ou seja, caso o presente trabalho não se consubstanciasse numa verdadeira demanda pela consagração de tal dever legal, aparentemente, a resposta era manifestamente fácil, pois nem que fosse por questões de mérito e brio profissional dos gestores, chegar-se-ia à conclusão de que tal ditame existiria.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

iniciativa privada, constitucionalmente consagrado no artigo 61.^o da CRP¹⁵, tomar as suas decisões¹⁶, que, tendo em conta o impacto fiscal, se mostrem mais adequadas à concretização de maiores e melhores resultados societários, com vista à obtenção do lucro – fim último de qualquer sociedade. Ou, melhor dizendo: saber se o órgão de gestão tem ou não a obrigação de, no âmbito dos seus deveres societários, pautar as suas opções de gestão com base nas soluções fiscais – legítimas – que se mostrem mais vantajosas, designadamente pela poupança fiscal que as mesmas representem para a sociedade, sócios e demais entidades com direitos e legítimas expectativas protegidas pelo nosso ordenamento jurídico-comercial, ainda que com riscos de o

¹⁵ Quanto a esta temática, veja-se ANTÓNIO CARLOS DOS SANTOS, MARIA EDUARDA GONÇALVES e MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, in *“Direito Económico”*, Almedina, 7.^a Edição, 2014, p. 51 e ss., ao referirem que *“O direito de iniciativa privada (art. 61.^o) é explicitamente consignado como um direito económico e não apenas como um princípio de organização económica. Trata-se de um direito independente do direito de propriedade, pesem embora as naturais conexões entre ambos, mas que goza de idêntica proteção (art. 17.^o e art. 18.^o CRP). Ele traduz a possibilidade e exercer uma atividade económica privada, nomeadamente através da liberdade de criação de empresas e da sua gestão. Compreende a liberdade de investimento ou de acesso, a qual se traduz no direito de escolha da atividade económica a desenvolver, a liberdade de organização, ou seja, a liberdade de determinação do modo como a atividade vai ser desenvolvida (incluindo a forma, qualidade e preço dos produtos ou serviços produzidos) e a liberdade de contratação ou liberdade negocial, que abrange a liberdade de estabelecer relações jurídicas e de fixar, por acordo, o seu conteúdo.”*

¹⁶ Em anotação a este artigo da CRP, JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, in *“Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo Artigos 1.^o a 79.^o”*, Coimbra Editora, 2005, pp. 619 e ss referem que: *“São direitos de liberdade; revelam a autonomia de pessoas e de grupos formados na sociedade civil frente ao Estado; o cerne da sua estrutura está na actividade dessas pessoas e desses grupos, não na actividade do Estado (...). Num primeiro momento, trata-se da liberdade de iniciativa em sentido estrito ou, doutra óptica, da liberdade de estabelecimento. É o direito de iniciar uma actividade económica; o direito de constituir uma empresa; o direito que pode ser individual e que pode ser institucional, de organização de certos meios de produção para um determinado fim económico. No segundo momento, é o resultado da iniciativa e, do mesmo passo, a condição da sua prossecução – a empresa – que ressalta. Trata-se agora da liberdade de empresa, do direito da empresa de praticar os actos correspondentes aos meios e fins predispostos e de reger livremente a organização em que tem de assentar. E este direito tem um carácter fundamentalmente institucional, mesmo quando, porventura, seja ainda uma empresa constituída por uma só pessoa: uma vez criada a empresa, ela adquire maior ou menor autonomia em relação àquele ou àqueles que a tenham constituído. Quando a Constituição preceitua que a iniciativa económica privada pode exercer-se livremente (...), está contemplado tanto a criação de empresas como a sua actividade depois de constituídas. (...) A iniciativa económica provada exerce-se nos quadros definidos pela Constituição e pela lei e tendo em conta o interesse geral e o Estado encarrega-se de fiscalizar o seu respeito.”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

fazer caminhar numa espécie de “*gume da navalha*” da legalidade fiscal, com possíveis consequências de extrema relevância para a sua esfera pessoal¹⁷.

Consequentemente, caso se responda afirmativamente à questão supra enunciada, mostra-se crucial aferir das consequências ou responsabilidades, que poderão ser assacadas a estes mesmos gestores que não cumpram o tal imperativo da gestão fiscal, ao optarem por um determinado comportamento que se mostre menos vantajoso, no que à planificação e subsequente poupança fiscal diz respeito, e, respetivamente, nos resultados da atividade, desde logo nos impactos no balanço do exercício da entidade societária.

No entanto, pretendemos ir mais longe, no sentido de se saber se tais decisões são sindicáveis e, em caso afirmativo, em que termos. E aqui, procuraremos responder à questão em duas distintas perspetivas. Primeiramente, na perspetiva societária, descortinando-se, assim, que consequências – se é que existem – poderão ser assacadas a este órgão, no âmbito das relações societárias entre os gestores e a sociedade, deixando de parte os outros tipos de responsabilidade civil dos gestores, designadamente, entre aqueles e os *stakeholders*¹⁸, por se entender que, no âmbito do estudo proposto, não terá especificidades de maior quanto ao tipo de responsabilidade que se irá estudar¹⁹.

De seguida, iremos relacionar todas estas questões com as situações que se mostrem abusivas e ilegítimas, desde logo, porque a fronteira entre o “*planeamento fiscal*” (legítimo) e as situações sancionadas pelo ordenamento jurídico-tributário,

¹⁷ Refira-se que em última instância os membros dos órgãos de gestão poderão ser alvo de processos criminais que poderão culminar na aplicação de uma pena de prisão efetiva. Veja-se, a título de exemplo, o previsto nos artigos 103.º e seguintes do RGIT, conjugados com o artigo 7.º do mesmo diploma legal, do qual resulta a responsabilidade individual dos membros daqueles órgãos de gestão.

¹⁸ Apesar de não ser nosso hábito utilizarmos estrangeirismos, optamos pela sua utilização nesta sede por nos parecer ser mais abrangente que similares expressões portuguesas, pretendendo assim abarcar os diversos tipos de participações sociais tipificadas no nosso ordenamento jurídico e demais titulares de legítimos interesses devidamente consagrados na lei nacional, adotando-se aqui uma terminologia frequentemente utilizada pela doutrina comercialista.

¹⁹ Também optaremos por não abordar aqui – salvo raras exceções de contexto – outras formas de responsabilização tais como a penal ou contraordenacional, pelo menos no estrito âmbito societário.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

não é completamente linear, sendo, por vezes de difícil aferição, o que poderá colocar o gestor numa encruzilhada entre o desejo na obtenção do lucro e a necessidade de cumprir os imperativos da fiscalidade²⁰.

O gestor poderá, assim, ver-se na contingência de ser confrontado com deveres (aparentemente) contraditórios entre si, que se mostram ainda mais inflacionados – nos dias de hoje – com uma mudança de paradigma social quanto ao cumprimento dos deveres tributários, assistindo-se a uma punição social do alegado infrator fiscal²¹, por um lado, e, por outro, pela constante voracidade pela obtenção dos resultados contabilísticos dos entes societários e/ou empresariais.

Na verdade, estamos perante um confronto de “*titãs*” entre o socialmente aceitável e a natureza lucrativa das sociedades.

Efetivamente, vivemos tempos em que as sociedades, para além de serem, têm que parecer ser (atenta a padronização do convencionalmente aceite pela sociedade civil, balizado pelo politicamente correto e moralmente admissível pela consciência social e de cidadania).

Efetivamente, assistimos – e bem – a uma maior consciencialização tributária da sociedade civil em geral²² que tem vindo a fiscalizar e a censurar o não

²⁰ Já Khayyam, Omar referia que “*Nessa encruzilhada do desejo e da necessidade, não deixes nada: não voltarás lá nunca mais.*”

²¹ ANA PAULA DOURADO, in “*Direito Fiscal – Lições*”, Almedina, 2.^a Edição, pp. 261 e ss., – com a qual nos revemos – alerta para o facto de que os “*desenvolvimentos recentes, no quando da globalização e da expansão das multinacionais, têm gerado uma discussão sobre se o planeamento é compatível com a «moralidade fiscal».* A moralidade fiscal não é porém um princípio jurídico e não pode ser utilizada como princípio interpretativo da lei fiscal. A moralidade fiscal pode ser discutida pela Filosofia do Direito (desde logo se existe uma moralidade fiscal e quais são os seus destinatários) e debatida numa ótica de política fiscal e das melhores técnicas legislativas: tipicidade fechada ou tipicidade aberta, tributação com base em princípios, conceitos-padrão ou exemplos-padrão, ou, em geral, quais as soluções que devem ser adotadas pelo legislador para reduzir as oportunidades de planeamento fiscal e consequente injustiça fiscal.

²² Para maior desenvolvimento deste tema, veja-se, a título de exemplo CIDÁLIA LOPES e RUI BRITES, in “*O conhecimento fiscal, as percepções fiscais e a educação fiscal em Portugal*”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, ano VIII 4 15, Almedina, p. 14 e ss., no qual alertam para o facto de “*O imposto não deve ser entendido, apenas, como uma mera obrigação do cidadão contribuinte, mas também como um dever de cidadania, dado que se trata de um elemento inerente à existência do próprio Estado, necessário à organização da sociedade e ponto crucial da relação Estado-cidadão.*” Concluindo no

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

cumprimento das obrigações fiscais por parte de alguns entes societários e sujeitos passivos, levando, inclusivamente, a manifestações de vincada reprobção social contra comportamentos de “planeamento fiscal” agressivo (ou socialmente reconhecido como tal), com graves consequências ao nível da imagem de determinadas entidades societárias²³. Do outro lado da medalha, temos assistido a uma crescente concorrência entre as empresas, proporcionada pela globalização e uniformização de métodos produtivos – muitas vezes incentivada, inclusivamente, pelas políticas concorrenciais²⁴ desenvolvidas nas organizações internacionais – com o consequente esmagamento das margens de lucro resultantes da comercialização dos produtos e prestação dos serviços, por parte das entidades societárias, ou dos demais entes de cariz comercial.

Será neste panorama económico e social com que os gestores das entidades societárias se deparam, na atualidade, que teremos que descortinar os riscos jurídico-tributários decorrentes dos seus deveres no âmbito das suas funções, com vista à poupança fiscal.

Por último, atento o confronto entre o risco dos meios e o resultado do fim, cumprirá darmos conta das consequências que poderão ser assacadas, ao nível da

sentido de que“(…) *uma estratégia de educação fiscal não deve assentar apenas na transmissão de noções fundamentais de impostos mas deverá ser, acima de tudo, uma estratégia mais vasta assente na transmissão de valores morais e cívicos, isto é, uma estratégia de civismo e cidadania, onde a parte fiscal deverá estar incluída.*” Também com o objetivo de levar a uma maior sensibilização da sociedade quanto ao tema dos Impostos, veja-se ainda CLOTILDE CELORICO PALMA in “*A Joaninha e os Impostos – Uma história de educação fiscal para crianças*”, Almedina, 2016, ou ANA MARIA GOMES RODRIGUES, in “*A Joaninha e os Impostos – Uma história de educação fiscal para adolescentes*”, Almedina, 2016.

²³ Veja-se a título de exemplo as iniciativas parlamentares ocorridas em Inglaterra relativamente aos esquemas de planeamento fiscal agressivo (legítimo), desenvolvidos por empresas tais como “Google”, “Amazon”, “Starbucks” e muitas outras, nesta década de 2010, e as diversas manifestações de censura ocorridas pela sociedade civil contra tais multinacionais, levando-as a diversas iniciativas de marketing social para reporem os índices de confiança dos consumidores. Mais tendo levado diversas destas empresas a acordarem com a administração tributária britânica o pagamento de impostos sem que para tal estivessem obrigadas, com todas as consequências que tal acarreta no âmbito do princípio da legalidade tributária.

²⁴ Veja-se os inúmeros exemplos de medidas anti dumping ou anti subvenções instituídas em conformidade com os requisitos da OMC, com intuito de proporcionar condições comerciais justas.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

relação jurídico-tributária, aos mesmos gestores, por via de imputação por parte da Administração Tributária, ou seja do Estado.

II. DA SEQUÊNCIA DO TRABALHO E NOTAS PRELIMINARES

Para a realização do estudo das questões supra enunciadas, salvo melhor opinião, torna-se premente aventurarmo-nos em matérias de direito societário, percorrendo-se assim um itinerário de assimilação de conceitos e regimes jurídicos desta ramificação do nosso ordenamento jurídico, designadamente no que respeita aos deveres dos gestores, respetiva sindicabilidade do eventual incumprimento desses mesmos deveres²⁵ e possíveis consequências aplicáveis na sua esfera jurídica pessoal. Com efeito, como já dissemos, só conseguiremos aferir da existência de um dever – legal – de *“gestão fiscal”*, com vista à *“poupança fiscal”* no exercício da atividade de administração societária, se o mesmo tiver cabimento no ordenamento jurídico, encontrando-se ele no direito fiscal, ou no direito societário, ou até em qualquer outra ramificação jurídica, ou, ainda, se tal dever resultar dos princípios estruturantes e fundamentais do nosso ordenamento jurídico, com especial incidência nos explanados na Constituição da República Portuguesa.

Neste âmbito, dedicar-nos-emos, portanto, à temática do *“lucro societário”* e, em seguida, à questão do *“direito ao lucro por parte dos sócios”*, deixando para momento imediatamente posterior, a questão dos *“deveres dos gestores”*, com o objetivo de, aí, se aferir da existência ou não do que – adiantando – se poderá chamar

²⁵ Naturalmente não faremos uma exposição exaustiva desta temática, dirigindo a nossa atenção para as matérias que poderão estar relacionadas com a questão levada a estudo, orientando, assim, o nosso estudo para uma abordagem cirúrgica e circunscrita, tendo perfeita consciência que muito mais haveria a dizer sobre os deveres dos gestores e seu tratamento jurídico.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

por “*sub-dever, ou dever subordinado, de gestão e poupança fiscal*”²⁶ e sua eventual sindicabilidade por parte dos tribunais nacionais. Isto, sem prejuízo, claro está, de se abordarem alguns outros temas conexos e subsidiários às temáticas supra aludidas, no âmbito do direito societário.

Após termos concluído a aventura pelas matérias societárias, parece-nos que será crucial escrutinar o que se tem entendido por “planeamento fiscal”, utilizando como fontes a legislação, a doutrina e a jurisprudência, para que se assimile tal conceito e, assim, nos poderemos dedicar às questões supra colocadas, tanto mais que, como já se alertou, tal conceptualização está longe de se encontrar pacificada na nossa doutrina.

Parece-nos também pertinente dedicarmo-nos à temática da neutralidade fiscal ou sua inexistência no âmbito dos atos, negócios ou operações societárias e fazer um exercício de delimitação fronteiriça entre o Planeamento Fiscal e a Elisão Fiscal.

Posteriormente, já concentrando o nosso olhar no direito fiscal, numa perspetiva panorâmica sobre o ordenamento jurídico-tributário nacional, iremos, também aqui, descortinar a norma, ou normas, princípio, ou princípios que eventualmente imponham, aos administradores societários, a gestão tributária consubstanciável num dever de planeamento e poupança fiscal, no âmbito das funções do órgão de gestão.

Por último e em modo conclusivo, dedicar-nos-emos à sindicabilidade no âmbito do ordenamento jurídico-tributário da bondade das decisões de gestão fiscal e suas consequências, no que respeita à responsabilização dos gestores, pelas decisões e comportamentos que adotem durante o exercício das funções de administração societária.

²⁶ Expressão que, salvo o erro, não foi adotada pela doutrina, mas que adotamos por nos parecer sugestiva tendo em conta a aparente relação de dependência que este terá com o intitulado dever de gestão.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Atento o supra exposto resulta, portanto, que, apesar de se tratar de um trabalho de matriz essencialmente fiscalista, pretender-se-á fazer uma ponte multidisciplinar com diversos ramos do direito, em especial, com o direito societário²⁷, para que, desta forma, se consiga humilde contributo numa vertente fiscalista, mas também com marcados laivos comercialistas, para a melhor compreensão do tema em concreto, que, salvo melhor opinião, não tem merecido o cuidado doutrinário que lhe é devido.

Com efeito, apesar de se reconhecer que a doutrina comercialista explora de forma bastante exaustiva o estatuto dos gestores – aqui e para o que nos importa no presente estudo, na vertente dos respetivos deveres – está longe de ser unanime quanto à existência de um dever geral de gestão, o qual parece ser, pelo menos no âmbito do direito comercial e societário, condição *sine qua non* para o reconhecimento do, por nós denominado, “*sub-dever de gestão fiscal*”, com vista à poupança fiscal do ente societário.

Mas, mesmo para aquela doutrina comercialista que reconhece tal dever de gestão, ainda assim se dirá que é patente a falta de consenso quanto às suas

²⁷ Até porque, como vem sendo doutrinado, “a autonomia de um ramo de Direito tem de ser entendida em termos relativos. Uma disciplina jurídica não constitui um comportamento isolado, impermeável, da enciclopédia jurídica. Mantém necessariamente ligações e dependências estreitas com os outros ramos de Direito. Não se estranhará, pois, que entre o Direito Fiscal e outras disciplinas jurídicas se notem tais dependências e ligações” vide SOARES MARTÍNEZ, in “Direito Fiscal”, Almedina, 10.^a Edição Reimpressão, p. 63 e ss. Continuando na senda do identificado autor, sempre se dirá que “a obrigação tributária assenta geralmente sobre realidades às quais o Direito Civil e o Direito Comercial já reservaram um tratamento próprio”. Dito de outra forma, o Direito Fiscal visa regular a obrigação tributária que incidirá sobre atos e negócios regulados por outros ramos do direito, designadamente – e para o que nos importa estudar – o Direito Comercial e das Sociedades Comerciais. Nesse sentido, veja-se, por exemplo J. F. LEMOS PEREIRA e A. M. CARDOSO MOTA, in “Teoria e Técnica dos Impostos”, Rei dos Livros, 21.^a Edição (Revista, melhorada e actualizada), 1997, p. 18 e ss., ao referirem que “É, porém, com o direito privado (direito civil e direito comercial) que o direito fiscal mantém maiores afinidades, pois que muitas das situações por ele reguladas têm por base institutos privatísticos. Haja em vista que a tributação tem por base factos, actos e direitos patrimoniais (...)”. Sobre esta temática vide também NUNO DE SÁ GOMES, in “Manual de Direito Fiscal, Volume I”, Editora Rei dos Livros, 12.^a Edição com Adenda, 2003, p. 39 e ss., ao referir que “... não obstante a autonomia científica de que goza, o direito fiscal é apenas uma parcela do sistema jurídico global, mantendo relações estreitas com os restantes sectores da ordem jurídica” de entre as quais o direito privado, designadamente o direito civil e o direito comercial.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

características, âmbito de aplicação, sindicabilidade e consequências na esfera jurídica dos membros do órgão de gestão. Pelo que, consequentemente como se verá adiante, estará longe de reconhecer a existência e sindicabilidade do que se poderá designar por “*sub-dever*” específico de gestão fiscal, com vista à poupança fiscal.

Por outro lado, e, já numa perspetiva fiscalista, sempre se alertará para o facto de que a doutrina tem vindo a dedicar-se à temática do “planeamento fiscal”, mas, geralmente, numa perspetiva global, em que se visa a sociedade ou o ente empresarial, como sujeito passivo ou como contribuinte. E não, em concreto, na análise dessa temática, tendo em conta especificamente o órgão de gestão, ou seja, as pessoas singulares que interpretam e aplicam as normas mediante o seu poder decisional e sobre os quais, em última instância, incidem as normas jurídicas²⁸ e sobre quem recai a estatuição normativa²⁹.

Com efeito, na generalidade das vezes, tal concretização doutrinária da problemática supra referida focada nos membros daquele órgão tem sido abordada numa perspetiva patológica e punitiva ou procedimental e processual, no âmbito das normas de responsabilização e punição tributária ou contraordenacional e criminal, de tal órgão de gestão³⁰ e já no âmbito da ilicitude do comportamento adotado.

²⁸ Veja-se sobre esta questão os ensinamentos de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, ao referir que “*Tanto quanto sabemos, apenas a pessoa singular pode acatar normas jurídicas, sentindo a inerente necessidade moral de cumprir as obrigações e desfrutando da liberdade psicológica inerente às permissões. Os progressos da Ciência do Direito e a multiplicação exponencial das normas em presença levaram às construções complexas que subjazem à personalidade colectiva. Como foi explicado, a personalidade colectiva traduz, antes do mais, a aplicabilidade de um regime. Dirigir uma regra a uma pessoa colectiva implica depois, através desta, o acionamento de muitas outras regras que irão, mais ou menos mediatamente, desembocar em incumbências que recaem sobre pessoas singulares*”, in “*Manual de Direito das Sociedades I – Das Sociedades em Geral*”, Almedina, 2.ª Edição, 2007, p. 789.

²⁹ Em idêntico sentido seguem, também, PAULO MARQUES, PEDRO CORREIA GONÇALVES, RUI MARQUES, in “*Responsabilidade Tributária e Penal dos Gestores, Advogados, Contabilistas e Auditores – Impostos, Crime e Castigo*”, Almedina, 2017, p. 19.

³⁰ Veja-se, por exemplo, PAULO MARQUES, PEDRO CORREIA GONÇALVES e RUI MARQUES, in *op. cit.*, que dedicam, essencialmente, o seu estudo à análise das consequências tributárias e penais daqueles órgãos de gestão, aquando do incumprimento das normas tributárias.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Apesar deste tratamento doutrinário agora reconhecido, verdade é que se desconhece que exista similar preocupação por parte dos autores fiscalistas a montante desta vertente da ilicitude da atuação e consequente punição. Aliás, como veremos, a doutrina que versa a questão do “*dever de gestão fiscal*” aborda-a – mencione-se – de forma algo superficial e atenuada, bastando-se, muitas das vezes, com breves referências, seja no sentido do seu reconhecimento, seja no sentido da sua negação, mas, salvo o devido respeito que nutrimos por tais autores, parece-nos com diminuto cuidado na fundamentação da posição assumida.

Esperamos, assim, contribuir para a construção de uma ponte de investigação de vertente teórica e prática entre estes dois ramos do direito, que, em última instância, resulte num estudo capaz de compreender melhor a gestão/poupança fiscal e o seu impacto na vida societária – em especial na vida dos membros dos órgãos de gestão –, bem como nas relações dos diversos órgãos societários entre si mesmos, ou entre estes e entidades terceiras, com especial enfoque, claro está, na Administração Tributária, no âmbito dos deveres jurídico-tributários.

III. DO FIM DAS SOCIEDADES

Parece-nos pacífico entender-se que as sociedades comerciais³¹ têm, na sua génese, um cariz lucrativo, que por si só caracteriza a sua essência e justifica a sua

³¹ Para ANA PRATA, in “*Dicionário Jurídico, Volume I*”, Almedina, 5.ª Edição, pp. 1366 e ss., “*Existe um contrato de sociedade quando duas ou mais pessoas se comprometem a pôr em comum determinados bens ou serviços, para o exercício de uma actividade económica “que não seja de mera fruição”, com o fim de repartirem entre si os lucros que obtenham, numa proporção que são livres de fixar (se não se encontrar fixada outra, a proporção é a das respectivas entradas).*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

existência³². Nesse sentido, a obtenção do lucro consubstancia o fim último³³ das sociedades, sendo que, toda a sua atividade está articulada em função dessa mesma necessidade teleológica³⁴.

Não nos iludamos: a procura pelo lucro é mais do que uma mera aspiração, ou uma simples demanda idealista e romanceada das sociedades comerciais e/ou dos respetivos membros dos órgãos de gestão. É uma espécie de “*my precious*”³⁵ dos entes societários e dos seus sócios³⁶. E, consequentemente, dos gestores³⁷ daquelas

³² Já o havíamos dito anteriormente no Relatório de Mestrado Científico em Direito Fiscal, apresentado por nós na cadeira de Direito Fiscal, sob a regência da Professora Doutora Paula Rosado Pereira, lecionado na Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa, no ano letivo de 2014/2015 – “*O Pecado Original no Planeamento Fiscal...*” –, referindo nessa altura que as sociedades comerciais têm um “ADN” de cariz lucrativo, que por si só, justifica a sua existência.

³³ Vide JOSÉ DE OLIVERIA ASCENSÃO in “*Direito Comercial, Volume IV, Sociedade Comerciais – Parte Geral*”, Lisboa, 2000, p. 27, ao referir que “*A sociedade comercial é especificada pelo seu fim. O fim imediato de toda a sociedade é a realização de uma actividade económica, que não seja de mera fruição. O fim mediato é a realização de lucros.*”

³⁴ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in op. cit., p. 251.

³⁵ Numa analogia à personagem do Sméagol ou Gollum, in trilogia do “*Lord of the Rings*”, que se sente sempre compulsada a conseguir, para si, o “Anel”, travando um combate consigo mesma para não recorrer a meios ilícitos, imorais e criminosos para obter o fim desejado.

³⁶ Seguindo de perto os ensinamentos de SOARES MARTÍNEZ, in “*Direito Fiscal*”, p. 737 “*A empresa reúne factores produtivos naturais, capital e trabalho, de cujo emprego coordenado resulta o respectivo rendimento. Este rendimento tem de ser repartido pelas entidades que forneceram trabalho, capital e factores naturais, através de salário, juros e rendas. O somatório desses salários, juros e rendas, acrescido ainda de outros encargos da empresa, tais como impostos e prémios de seguros, constitui o respectivo custo de produção. Assim, sempre que os bens produzidos pela empresa são vendidos a preços globais situados ao nível do custo de produção, ou abaixo dele, o empresário, como tal, nessa sua qualidade, não obtém quaisquer rendimentos específicos. Poderá obtê-los através de rendas, por ser também proprietário de terras, ou através de juros, por ser também capitalista, ou através de salários, por ter também realizado um trabalho integrado no processo produtivo. Mas só quando o preço de venda global dos bens produtivos excede o respectivo custo de produção o empresário auferir, nessa sua qualidade, um rendimento próprio, característico da função empresarial. E é a esse rendimento que, em rigor, cabe a designação de lucro.*”

³⁷ Relativamente a este tema em concreto, veja-se a feliz analogia de ASHOK KUMAR BHATIA, in “*Como Sobreviver na Selva Empresarial – Guia Prático*”, Vida Económica, 2016, p. 15 e ss., ao referir que “*A selva empresarial está cheia de chefes leoninos, cujo rugido é capaz de gelar os seus nervos de aço à distância. É uma selva também habitada por leões que poderão cuidar de si e protege-lo de muitos perigos, como se fosse um dos seus filhotes. Ao caminhar nesta selva, é provável que venha a cruzar-se com corujas atentas que tratam das finanças e dos sistemas. Alguns colegas poderão parecer-se mais com cobras deslizantes ou ágeis escorpiões. Um porco-espinho poderá passar a correr. Uma hiena poderá olhá-lo ameaçadoramente. Uma raposa poderá desviá-lo do cheiro da sua caça. Por vezes, poderá deparar-se com uma dança de pavões. Poderá ficar encantado com o trinado lírico de um*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

sociedades comerciais, que se sentem compelidos na sua incessante procura e obtenção de mais e mais lucros.

A batalha, aqui, move-se nas trincheiras dos resultados do balanço e na consequente capacidade de obtenção de maior poderio económico e financeiro, para, assim, conseguirem angariar mais capital³⁸. Estamos assim perante uma espécie de círculo vicioso entre a procura incessante pelo lucro e a angariação de capitais externos.

A obtenção do lucro é efetivamente uma questão de “sobrevivência dos mais aptos”³⁹ dos entes societários, pois, só com o lucro as sociedades conseguirão vingar num mercado globalizado e competitivo como o que vivemos nos dias de hoje, em que os resultados da atividade comercial estão longe de dependerem exclusiva, ou mesmo, maioritariamente, dos serviços ou bens comercializados, ou do desempenho da atividade comercial *stricto sensu*⁴⁰. Os resultados da atividade societária estão, hoje mais do que nunca, dependentes da organização interna com vista à redução de custos da estrutura de produção. A filosofia da atividade societária, na atualidade, será conseguir fazer o mesmo com menos.

É, pois, o lucro que motiva e move a orgânica societária na sua atividade, condicionando, por via também legal⁴¹, a sua própria vontade, decisões e atuações, quer nas suas relações internas, quer nas suas relações externas.

pássaro exótico. Poderá encontrar um cervo amistoso, disposto a puxá-lo para fora da areia movediça. Uma girafa solícita poderá dar-lhe um empurrãozinho para trabalhar de forma mais produtiva.”

³⁸ Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in op. cit.*, p. 593 “é evidente que a perspectiva do lucro anima todas as iniciativas societárias e dá corpo a um mercado mobiliário. É um traço da nossa actual cultura, porventura, absolutizado em demasia, mas que não se vê como combater. Cabe ao Direito, pelo menos, regular o fenómeno, disciplinando excessos.”

³⁹ Expressão de Herbert Spencer utilizada no campo da biologia aplicada à evolução das espécies, mas que aqui pelo seu efeito visual tem utilidade elucidativa.

⁴⁰ Ao falarmos em atividade comercial *stricto sensu* estamos a pensar exclusivamente na atividade de comércio desenvolvida pelos comerciais das empresas, de venda de produtos e prestação de serviços, bem como a atividade de marketing desses mesmos produtos e serviços.

⁴¹ Veja-se por exemplo o disposto no n.º 2 artigo 6.º do CSC, ao apenas permitir a realização das liberalidades consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta, proibindo as demais. O mesmo acontece

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Nessa medida, temos vindo a assistir, cada vez mais, – e bem – a uma profissionalização dos gestores⁴², possuidores de capacidade e conhecimentos técnicos, especializados na “arte do ofício” e cada vez mais independentes da origem do capital⁴³, capazes de assegurar a boa gestão das sociedades⁴⁴. Desta feita, naturalmente se compreenderá que estes profissionais da gestão se sintam compelidos na busca incessante pelo lucro, procurando as soluções que se mostrem

com o n.º 3 daquele preceito legal ao considerar, por princípio, contrária ao fim da sociedade a prestação de garantias reais ou pessoais a dívidas de outras entidades.

⁴² A doutrina tem vindo a alertar para esta mudança de paradigma quanto à gestão com base na profissionalização dos membros dos órgãos de gestão. Veja-se a título de exemplo PAULO OLAVO E CUNHA, in *“Direito das Sociedades Comerciais”*, Almedina, 6.ª Edição, 2016, p. 114, ao referir que *“(…) é, presentemente, um dado adquirido nas modernas sociedades comerciais, significando que quem as dirige (gere) não é quem sofre o risco do capital investido associado à respetiva atividade”* sendo tal atividade de gestão entregue a profissionais habilitados para o efeito. Também nós reconhecemos este “movimento pela profissionalização dos membros daqueles órgãos, essencialmente ao nível das grandes e médias sociedades comerciais. Alerta-se, no entanto, que, pelo menos ao nível nacional, existe ainda um grande universo de micro e pequenas sociedades comerciais – de longe percentualmente muito superior ao universo das grandes e médias empresas –, muitas delas de cariz familiar, que vão sendo passadas de geração em geração, que ainda não estão dotadas dessa profissionalização dos membros dos respetivos órgãos de gestão, não estando assim dotados dos conhecimentos técnicos hoje exigidos ou exigíveis à prossecução desta atividade de gestão.

⁴³ Apesar de ainda ser uma realidade, principalmente nas micro e pequenas empresas de cariz familiar bastante comum, a verdade é que cada vez mais se assiste à contratação de pessoas estranhas aos detentores do capital para assegurarem tais funções de gestão. Faz parte do passado a realidade em que existia uma coincidência entre a titularidade do capital e o desempenho das funções de administração da sociedade, também nas médias e grandes sociedades, sendo cada vez mais uma realidade a opção pela contratação de profissionais mais aptos para gerir – bem – os destinos dos entes societários.

⁴⁴ Nesse sentido segue, por exemplo EDGAR VALLES, in *“Responsabilidade dos Gerentes e Administradores”*, Almedina, 2.ª Edição, p. 5, ao referir que *“Longe vão os tempos em que, para gerir uma empresa, bastava ter boa vontade, ser honesto e alguma intuição. Hoje, com a complexidade da vida moderna, estar à frente de uma empresa implica possuir conhecimentos técnicos, conhecer regras de gestão, saber evitar os perigos, definindo prioridades. Quantos homens e mulheres de boa vontade não tiveram de pagar com os seus bens as consequências do não cumprimento de normas fiscais ou do não pagamento à Segurança Social? Quantas vezes, depois da perda de bens, vem o queixume: “Ah, se eu soubesse...”. Da situação deficitária à insolvência vai, por vezes, um passo. Esse caminho, que ninguém deseja, poderá ser menos penoso, se o gestor souber antecipadamente as consequências dos seus atos. A responsabilidade dos gerentes e administradores é hoje muito grande.”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

mais aptas a esse fim⁴⁵ ⁴⁶. Soluções e meios que, como já fomos referindo, poderão ser encontrados e desenvolvidos numa perspetiva de redução dos custos do ente societário, nos diversos parâmetros produtivos, organizativos e estruturais necessários à própria atividade, nos quais a fiscalidade (mais que não fosse pela diversidade das opções que lhe são apresentadas pelo ordenamento jurídico-tributário, com consequências diversificadas ao nível da tributação efetiva) mostra-se de relevância acrescida.

Na verdade, não raras vezes, a gestão societária vê-se na contingência de ponderar os “custos” fiscais, que transversalmente ocupam os atos, negócios ou operações, da vida societária, para, desta forma, optar – sempre que tal lhe seja admissível e lícito – pelos que menores encargos possíveis.

Com efeito, tem sido unanimemente aceite pela nossa doutrina a consagração do lucro como sendo o fim último das sociedades comerciais⁴⁷. Nesse sentido segue, entre muitos outros, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ao referir que a sociedade comercial poderá ser caracterizada “*como uma associação de fim interessado, económico e lucrativo*”⁴⁸, ainda que o fim lucrativo seja meramente previsto,

⁴⁵ Como se verá mais adiante, os Administradores, como profissionais da gestão que são, contratados para melhor gerirem a sociedade, dão contas da sua atividade aos *shareholders*, sendo que, aí terão que justificar as suas decisões e convencer aqueles últimos do seu trabalho, sob pena de serem afastados do cargo.

⁴⁶ Veja-se por exemplo as recentes declarações de Luís Filipe Pereira, na abordagem ao congresso do Fórum de Administradores de Empresas, ao Jornal Económico, referindo que “*Quem cria riqueza em Portugal são os gestores*” – declaração que não acompanhamos na íntegra, mas que, de alguma forma, realça o papel do gestor na moderna atividade societária.

⁴⁷ Vide PEDRO MAIA, MARIA ELISABETE RAMOS, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, PAULO DE TARSO DOMINGUES, com coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, in “*Estudos de Direito das Sociedades*”, Almedina, 6.ª Edição, p. 83 e seguintes, ao referirem que “*De acordo com o n.º 1 do art. 6.º do CSC, a capacidade de uma sociedade comercial “compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim”. Esse fim é o fim lucrativo (...). O n.º 4 do art. 6.º do CSC veio tornar claro que a capacidade de gozo das sociedades comerciais não está limitada pelo respetivo objeto social. Este último é constituído pelas “actividades que os sócios propõem que a sociedade venha a exercer” (n.º 2 do art. 11.º do CSC). Se o lucro é o fim último, o objeto social é o fim-meio para conseguir alcançar aquele fim último.*”

⁴⁸ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, in *op. cit.*, p. 28.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

potencial e não um lucro real, cuja existência dependerá, naturalmente, do desempenho da própria atividade produtiva, suscetível ou não de gerar lucros^{49 50}.

Temos, portanto, que *“o elemento teleológico da finalidade lucrativa constitui a natureza essencial das sociedades comerciais e da manifestação de vontade típica de criação ou de adesão à sociedade”*⁵¹, ainda que tal finalidade intrínseca não tenha de se verificar a curto prazo, nem ser o objetivo necessário de cada exercício⁵².

É de tal forma patente que a lucratividade, como finalidade – ainda que mediata – caracteriza as sociedades comerciais, que o próprio legislador deu-lhe acolhimento expresso, ao prescrever no artigo 980.º do Código Civil, sob a epígrafe “Noção”, que *“contrato de sociedade é aquele em que duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa atividade*

⁴⁹ Vide JOSÉ DE OLIVERIA ASCENSÃO, *in op. cit.*, p. 28.

⁵⁰ Quanto a este ponto, vide, também, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in op. cit.*, p. 251 ao referir que *“A sociedade visa obter lucros – 980.º do Código Civil e 21.º/1, a), do Código das Sociedades Comerciais, mesmo quando, concretamente, isso não suceda, toda a actividade societária está articulada em função dessa realidade. A obtenção de lucros é, todavia, o objecto mediato ou final de qualquer sociedade. Para além dele, cada ente societário terá um fim ou objecto imediato: a concreta actividade económica a que se irá dedicar.”*

⁵¹ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in “Sociedades Comerciais e Valores Imobiliários (Reformulada e actualizada de acordo com os Decretos-Leis n.ºs 8/2007 e 357-A/2007)*, Coimbra Editora, 2008, pp. 18 e ss.

⁵² Nesse sentido, segue a maioria da doutrina, sendo exemplo desses ensinamentos, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 19, ao referir que *“O lucro da sociedade, embora seja uma finalidade intrínseca desta, não tem de ser necessariamente a curto prazo, nem o objectivo necessário de cada exercício. Isso depende das opções estratégicas definidas pelos sócios, em deliberações sociais, e pela administração, sendo certo que o art. 64.º, n.º 1, al. b), até dá prevalência aos “interesses de longo prazo.”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade^{53 54}.

Atento o supra exposto, compreende-se, portanto, que, ainda com intuitos mediatos, as sociedades comerciais desenvolvem a sua atividade económica com vista à obtenção do lucro, pelo que a tomada de decisões e as consequentes atuações, da forma como gerem os seus negócios, visam, em última instância, a criação de riqueza.

A atuação societária está assim legalmente condicionada pela bitola do lucro, que baliza o seu quotidiano e determina decisões e comportamentos com vista a esse fim último^{55 56}. Assim, naturalmente, confrontada com uma diversificação de opções de concretização de atos, negócios, ou operações, optará – ou deverá optar – pelos que lhe proporcionarem maiores garantias de obtenção do lucro, por via de

⁵³ O legislador Civilista não se fica pelo normativo enunciado, sendo que, para além daquela norma dispõe, designadamente no artigo 991.º do mesmo diploma legal que *“Se os contraentes nada tiverem declarado sobre o destino dos lucros de cada exercício, os sócios têm direito a que estes lhes sejam atribuídos nos termos fixados no artigo imediato, depois de deduzidas as quantias afectadas, por deliberação da maioria, à prossecução dos finais sociais.”* E ainda dispõe, continuando neste diploma legal, no seu artigo 992.º, que *“Na falta de convenção em contrário, os sócios participam nos lucros e perdas da sociedade segundo a proporção das respetivas entradas.”*

⁵⁴ Para PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, in *“Código Civil Anotado, Volume II”*, Coimbra Editora, 4.ª Edição, Revista e Atualizada, p. 284 *“São três os requisitos essenciais do contrato de sociedade referidos no artigo 980.º: a contribuição dos sócios; o exercício em comum de certa actividade económica, que não se de mera fruição; e a repartição dos lucros.”*

⁵⁵ De resto, quando os atos e negócios societários não sejam necessários ou convenientes à prossecução do fim da sociedade, deve entender-se que os mesmos são nulos, por violação de um preceito de carácter imperativo (cf. art. 294.º do CC), conforme doutamente nos ensina COUTINHO DE ABREU, in *“Curso de Direito Comercial – Das Sociedades”*, Volume II, Almedina, 1.ª edição, 2002, p. 185.

⁵⁶ Ainda relativamente a esta temática, veja-se o princípio da proibição das liberalidades feitas pelas sociedades, por contrárias ao fim das sociedades, salvo aquelas que tenha justificação na política comercial societária e que visem, em última instância o lucro, conforme resulta do n.º 2 do art. 6.º do CSC ao estabelecer que *“as liberalidades que possam ser consideradas usuais, segundo as circunstâncias da época e as condições da própria sociedade, não são havidas como contrárias ao fim desta.”* Vide ainda sobre esta matéria os ensinamentos de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, in *op. cit.*, 42 ao referir que *“Temos, assim, em termos gerais, que se o acto for uma liberalidade é nulo por falta de capacidade da sociedade, mesmo que aprovado ou ratificado pela assembleia geral; se, pelo contrário, não respeitar o objeto imediato – actividade social estatutária – a questão que se coloca já não é a falta de capacidade da sociedade, pessoa jurídica, mas dos limites aos poderes de representação dos administradores, órgãos da sociedade (art. 6.º, n.º 4).”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

aumento de ganhos, ou por via da redução de custos, ainda que num exercício de futurologia, ou de abstração⁵⁷, que poderão ou não verificar-se atentas as diversas condicionantes da sua atividade.

Chegados aqui e tendo nós falado incessantemente do “*lucro*” – alcançável por via da obtenção de maiores ganhos, ou por via da redução dos custos – convém referir que a noção de lucro está longe de ser unívoca entre a doutrina comercialista, sendo que, para tal, contribuirá, em grande medida, o facto de o Código das Sociedades Comerciais não dar uma noção de lucro e de tal expressão aparecer em diversos textos legais com sentidos nem sempre consentâneos entre si. Apesar disso, e seguindo de perto os ensinamentos da maioria da doutrina comercialista, poderemos referir que o lucro corresponderá “*a um incremento patrimonial, um enriquecimento, in casu, por parte das sociedades (i. é, o lucro forma-se no património da sociedade) que depois será ou poderá ser distribuído pelos sócios*”^{58 59}.

Consequentemente, o conceito de lucro apresenta-se como um conceito de referência, correspondendo ao “*benefício da atividade social resultante das contas; é a diferença positiva entre as receitas geradas num certo exercício e as despesas e custos suportados em igual período. A verificação da existência de lucro reporta-se à variação (positiva) registada nas contas da sociedade com referência a uma*

⁵⁷ Com efeito, parece-nos que a atividade de gestão societária estará sempre condicionada pela concretização futura das decisões que se tomam no presente. Os gestores, ao tomarem qualquer decisão estratégica, por mais ponderada que seja, dificilmente terão a certeza de que os resultados que daí resultem serão os pretendidos, pois a mesma estará sempre condicionada a diversos imponderáveis futurísticos – é o próprio risco da gestão!

⁵⁸ Vide PEDRO MAIA, MARIA ELISABETE RAMOS, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, PAULO DE TARSO DOMINGUES, com coordenação de J. M. COUTINHO DE ABREU, *in op. cit.*, p. 159.

⁵⁹ De se referir que ANA PRATA, *in op. cit.*, p. 894, apresenta uma definição de Lucros ainda que no âmbito do direito civil da qual resulta que “*Salvo se o contrato dispuser em contrário, os lucros obtidos na actividade das sociedades civis devem ser distribuídos pelos sócios, depois de subtraídas as quantias que, por deliberação da maioria, devam ser afectadas ao prosseguimento dos fins sociais. Não havendo convenção em contrário, a distribuição far-se-á na proporção das entradas dos sócios e, não se encontrando fixado no contrato o quinhão do sócio de indústria nos lucros nem o valor da sua contribuição para a sociedade, será o tribunal que, segundo juízos de equidade, ficará esse quinhão, sendo, de igual modo, avaliada a parte dos lucros do sócio que apenas se obrigou a permitir à sociedade o uso e fruição de uma coisa.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

determinada data. A distribuição tem de ser objeto de deliberação dos sócios (cfr. art. 31^o), que devem deliberar anualmente sobre a aplicação de resultados gerados no exercício anterior (cfr. 376^o, n^o 1, alínea b)) e podem deliberar, a todo o tempo, sobre a partilha de lucros acumulados, sob a forma de reservas livres, que tenham sido oportunamente distribuídos”⁶⁰.

Dito isto, cumprirá, agora, aferir da efetivação deste fim último societário – o lucro – desde logo, no que respeita à sua concretização prática, na esfera jurídica dos sócios/acionistas dos entes societários, designadamente no que respeita ao seu direito a quinhoar nesses mesmos lucros e em que termos é que tal faculdade/direito se concretizará.

IV. DO DIREITO AO LUCRO

Como corolário do fim mediato de obtenção do lucro supra enunciado, prescreve a alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do Código das Sociedades Comerciais que todo o sócio tem direito *a quinhoar nos lucros*. De resto, como já vimos, tal imperativo legal já decorre das disposições do Código Civil, conforme resulta do preceituado nos artigos 992.º e, em especial, do artigo 994.º, ambos daquele diploma legal.

Na verdade, de acordo com o último dos referidos preceitos legais “*É nula a cláusula que exclui um sócio da comunhão nos lucros ou que o isenta de participar nas perdas da sociedade, salvo o disposto no n.º 2 do artigo 992.º*”, resultando, portanto expressa a nulidade de toda a cláusula que exclua um sócio, à partida e por princípio, da comunhão nos lucros, porquanto o mesmo direito corresponderá a um elemento essencial do próprio contrato de sociedade, sem o qual não haverá sociedade,

⁶⁰ Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 343

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

conforme resulta do artigo 980.º do CC, “...que alude explicitamente ao intuito de repartição dos lucros sociais”⁶¹.

Tal direito aos lucros é ainda reforçado pelo artigo 22.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais, ao preceituar que, se o contrato for omissivo, cada sócio participará dos mesmos proporcionalmente ao valor da respetiva participação no capital.

Com efeito, o direito fundamental – e imperativo legal – a quinhoar nos lucros da sociedade por parte dos sócios é uma espécie de “*dogma de fé*”, pacificamente aceite pela doutrina comercialista, nem sequer – do que se conhece – sujeito a contestação por parte dos autores mais reformistas, mais que não fosse porque o ordenamento jurídico nacional não deixará grandes dúvidas quanto à sua natureza de direito fundamental atribuído aos sócios.

Nesse sentido, segue ANTÓNIO PEREIRO DE ALMEIDA ao referir que “o direito aos lucros é um direito fundamental dos sócios, pois é a causa da sua participação na sociedade”⁶², motivando e justificando o interesse de uma determinada pessoa em participar com o seu capital numa determinada sociedade comercial.

Tal direito aos lucros mais não é do que a verdadeira causa da participação social, pelo que, facilmente se compreenderá que os sócios terão, assim, a legítima expectativa de participar nos lucros da sociedade, seja por via da distribuição de dividendos, seja por via da distribuição de lucros retidos em reservas, seja na liquidação da sociedade, seja, ainda, em momento anterior, nas restituições de ativos, nos aumentos de capital e na transmissão ou amortização de quotas ou ações⁶³.

⁶¹ Vide PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *in op. cit.*, pp. 304 e ss.

⁶² Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, 2008, pp. 140 e ss.

⁶³ Sobre esta matéria vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, pp. 140 e ss. e PEDRO MAIA, MARIA ELISABETE RAMOS, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, PAULO DE TARSO DOMINGUES, com coordenação de J.M. COUTINHO DE ABREU, *in op. cit.*, p. 163 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Os sócios participarão nos lucros – e nas perdas – em princípio e, salvo cláusula contratual não abusiva, segundo a proporção dos valores nominais das respetivas participações sociais⁶⁴.

Como direito fundamental que se mostra, o direito aos lucros por parte dos sócios é inderrogável e irrenunciável, apesar de poder ser, em concreto, renunciável após a aquisição pelo próprio sócio do direito a um determinado e concreto dividendo⁶⁵.

De resto, e segundo os doutos ensinamentos de FERRER CORREIA sobre esta matéria, considerar-se-ão *“inderrogáveis os (direitos) que traduzem uma característica essencial do contrato e da relação da sociedade e bem assim os que procedem daqueles preceitos que, na economia do sistema, correspondem a exigências fundamentais mínimas da organização e do funcionamento das diferentes sociedades mercantis”*⁶⁶.

Já PAULO OLAVO CUNHA realça o facto de o direito aos lucros ser o primeiro dos direitos que a nossa lei enuncia, à cabeça de todos os demais, referindo que o *“direito aos lucros corresponde seguramente a um direito essencial da participação dos sócios na sociedade, ainda que se configure de forma necessariamente abstrata, dependendo dos (bons) resultados da actividade societária”*⁶⁷. O direito ao lucro corresponderá, assim, a uma expectativa subjacente à constituição de qualquer sociedade comercial, se esta não for totalmente instrumental de outra sociedade⁶⁸.

Ainda na senda do identificado autor, sempre se dirá que o Código das Sociedades Comerciais, apesar de não estabelecer regras imperativas sobre a

⁶⁴ Cf. artigo 22.º, n.º 1 do Código das Sociedades Comerciais.

⁶⁵ Vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, *“Sociedade Comerciais”*, in *“Lições de Direito Comercial”*, Vol. II, 1968, pág. 38 e ss.; A. BRUNETTI, in *“Tratado del derecho de las sociedades”*, I, 1960, p. 273; PAULO OLAVO CUNHA, in *“Breves notas sobre os direitos dos sócios”*, in *“Novas perspectivas do direito comercial”*, p. 229 e ss.

⁶⁶ Vide ANTÓNIO FERRER CORREIA, in *“Estudos Jurídicos, II”*, pág. 103 e ss.

⁶⁷ Vide PAULO OLAVO CUNHA, in *op. cit.*, p. 341.

⁶⁸ Vide PAULO OLAVO CUNHA, in *op. cit.*, p. 342.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

distribuição de lucros, avança com soluções supletivas, nos artigos 217.º, n.º 1 e 294.º, n.º 1, sob a epígrafe “*direito aos lucros do exercício*”. Essas duas disposições conferem, ainda que de forma supletiva⁶⁹, aos sócios o direito de receber, pelo menos, metade do lucro do exercício distribuível, salvo se, em assembleia geral para o efeito convocada, for tomada deliberação, por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social, “...*que consista na redução pontual do quantitativo percentual mínimo a distribuir ou, pura e simplesmente, conclua pela não distribuição, não obstante existirem lucros do exercício distribuíveis*”⁷⁰.

Alerta, no entanto, que tal deliberação deverá corresponder a uma deliberação formulada, tendo em consideração os princípios estruturantes do sistema, designadamente o interesse social, sob pena de ser considerada abusiva e, consequentemente, anulável nos termos do disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea b) do CSC. Defende, ainda, expressamente um direito a um mínimo de lucro do exercício⁷¹. As sociedades constituem-se para distribuir todos os resultados que geram periodicamente, no pressuposto de que os respetivos capitais próprios são adequados e suficientes à prossecução da atividade que se propõem realizar, sendo portanto natural que os sócios tenham uma expectativa de receber periodicamente rendimentos gerados pela sociedade com base no capital que nela anteriormente

⁶⁹ Apesar de se prever a supletividade das referidas normas, podendo ser afastadas por diferente cláusula contratual, verdade é que alguma doutrina comercialista tem vindo a interpretar tal consagração legal de forma restrita, não admitindo limitações convencionais a estas normas e, consequentemente, garantindo aos sócios e acionistas o direito a receber uma certa parte do lucro do exercício distribuível. Nesse sentido, segue PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 345, bem como alguma da nossa jurisprudência, sendo exemplo disso mesmo o Ac. da Relação de Évora de 9 de novembro de 2006 em que é relator Abrantes Mendes, consultável in CJ, ano XXXI, t. V, 2006, pp. 245-246, ao referir que “*a referência à distribuição de metade do lucro do exercício deve ser entendida como um mínimo de lucro a que os sócios têm direito a ser distribuído, depois de observadas as demais exigências impostas por lei.*” Alerta-se, no entanto, para o facto de, como o próprio autor refere, a jurisprudência, tal como a doutrina, é maioritariamente contrária a esta posição, no sentido de não interpretarem tal norma como impositiva de mínimos legais.

⁷⁰ Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, pp. 344 e ss.

⁷¹ Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 347.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

investiram⁷². Mais referindo que não faz qualquer sentido equacionar uma participação societária a que não corresponda, com a regularidade possível, a distribuição de rendimentos entretanto gerados⁷³.

Advogando em sentido similar, CRISTIANO DIAS refere que *“tem de ser obrigatoriamente distribuído aos sócios 50% do lucro distribuível, excepto se diversamente for clausulado no contrato de sociedade ou estabelecido em sentido contrário por uma deliberação da assembleia geral tomada por maioria de três quartos dos votos correspondentes ao capital social”*, pelo que, consequentemente, *“esses 50% do lucro distribuível que têm de ser, em princípio, obrigatoriamente distribuídos, sê-lo-ão proporcionalmente de acordo com as participações sociais de cada sócio”*⁷⁴.

Já ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, classificando o direito ao lucro como sendo um direito abstrato de cariz patrimonial⁷⁵, parece – e se bem entendemos os ensinamentos de tão proeminente autor – interpretar o artigo 22.º do Código das Sociedades Comerciais, como sendo uma imposição de mínimo de lucro distribuível ao referir que aquele preceito legal, *“indexa o quinhão de lucros/prejuízos à proporção nominal das prestações respectivas. Para além disso, cabe à autonomia privada estabelecer outras eventuais repartições”*⁷⁶.

Por outro lado, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA opta por colocar o acento tónico no direito a uma distribuição periódica de lucros ou, ainda mais concretamente, advogando no reconhecimento de um direito a uma distribuição

⁷² Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 346.

⁷³ Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 346.

⁷⁴ Vide CRISTIANO DIAS, *in “Os Direitos Especiais dos Sócios”*, Almedina, 2015, p. 255.

⁷⁵ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in op. cit.*, p. 571 e ss., ao referir que o *“direito abstrato é uma posição favorável, protegida pelo Direito e que, verificando-se determinadas ocorrências, permitirá ao sócio ver surgir um direito concreto correspondente. O direito concreto, por seu turno, será o produto da concretização de uma prévia posição favorável, que assistia aos sócios”*.

⁷⁶ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in op. cit.*, p. 596.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

anual de lucros, respondendo afirmativamente⁷⁷, pelo menos para os casos das sociedades de capitais por tempo indeterminado⁷⁸.

Em sentido similar segue PINTO FURTADO, ao referir que *“destinando-se, aliás, a sociedade a realizar lucros para se repartirem entre os sócios (art. 980.º do C. Civ.) e não parecendo justo nem fazendo sentido (especialmente nas sociedades por tempo indeterminado) impor-lhes que esperem pela dissolução, para só com o termo da actividade se partilharem os resultados finais, haverá assim uma enorme conveniência prática em proporcionar a susceptibilidade de distribuições periódicas de lucros”*^{79 80}.

Da nossa parte e não pretendendo aqui tecer grandes e desenvolvidas considerações sobre o eventual direito à distribuição periódica dos lucros⁸¹, parece-nos que a realidade societária nacional tem vindo a desmentir tal doutrina, porquanto serão inúmeros os exemplos de sociedades que optam por não procederem à distribuição de lucros com regularidade⁸². Aliás, bastará olharmos para as sociedades de cariz familiar para constatar esta mesma realidade, em que a eventual distribuição dos resultados é deixada para último plano, no que respeita às preocupações dos sócios, ou gerentes/administradores dessas mesmas

⁷⁷ Em sentido inverso segue por exemplo JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *in op. cit.*, p. 355, ao referir que *“é evidente que não há nenhum direito a que haja lucros. O direito do sócio é o de quinhão, se houver lucros distribuíveis. Não há sequer um direito ao lucro do exercício. Está dependente ainda da deliberação sobre o destino do lucro, dentro das prescrições legais.”*

⁷⁸ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 146.

⁷⁹ Vide JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *in “Curso de Direito das Sociedades Comerciais”*, Almedina, 2000, p. 465.

⁸⁰ Em sentido contrário segue FILIPE CASSIANO SANTOS, *in “Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística”*, Coimbra Editora, 2006, p. 461, ao referir que *“em geral e em princípio, os sócios não têm qualquer direito à distribuição de lucros e a sociedade é essencialmente livre nessa matéria; em concreto, num dado ordenamento ou em certa sociedade, é possível que explícita ou implicitamente os sócios tenham disposto de forma diversa, definindo uma posição actualizável face à sociedade.”*

⁸¹ Até porque a tomada de posição sobre a questão pouca, ou nenhuma, relevância teórica e prática terá para a temática levada a estudo no presente texto.

⁸² Como aliás reconhece por PAULO OLAVO E CUNHA, *in op. cit.*, p. 345, nota de rodapé 539, ao referir que *“a jurisprudência, tal como a doutrina, (ainda) é maioritariamente contrária à nossa posição”*.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

sociedades⁸³. Por outro lado, é de alguma forma consensual no meio societário a possibilidade de se estabelecerem normas estatutárias limitativas da distribuição dos lucros, até para, desta forma, se mostrarem menos apetecíveis à voracidade dos capitalistas externos, estranhos ao núcleo duro dos sócios fundadores.

Dito isto, não nos parece que possamos definir interpretações normativas com base numa realidade típica das sociedades cotadas em bolsa e que representam uma pequena parte do tecido empresarial português – estas sim, ávidas de investimento de capitais externos, para efeitos de capitalização da sua estrutura societária.

Nestes termos, salvo melhor opinião, caberá à autonomia privada criar condições de angariação de novo capital – caso seja sua pretensão e a vontade da sociedade – nomeadamente com a previsão estatutária de normas de distribuição de lucros, ou dividendos, mais apetecíveis aos investidores, entre as quais: a consagração da periodicidade dessa mesma distribuição e limites percentuais mínimos de distribuição de resultados do exercício.

Consequentemente, tendemos a acompanhar a doutrina que concede à autonomia privada tais faculdades, seguindo de perto os ensinamentos de, entre outros⁸⁴, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, que, como bem nos ensina *“É evidente que não há nenhum direito a que haja lucros. O direito do sócio é o de quinhoar, se houver lucros distribuíveis.”* Nem tão pouco haverá sequer um direito ao lucro do exercício,

⁸³ Na verdade, são inúmeros os exemplos de sociedades constituídas com vista, por exemplo, a assegurar direitos hereditários de determinados negócios, em que os *“beneficiários”*, não usufruirão – por sua livre vontade – de quaisquer lucros a distribuir durante longos períodos de tempo. Essas sociedades têm, assim, como objetivo a resolução, por antecipação – com o acordo de todos os intervenientes – de possíveis problemas hereditários quanto à prossecução do próprio negócio familiar. As quais que visam preservar o património familiar em prejuízo da distribuição imediata dos lucros aos sócios. Dito isto, não se conhece qualquer decisão jurisprudencial que ponha em causa a *“bondade”* desta posição societária.

⁸⁴ Conforme já se referiu, neste sentido segue também FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *in op. cit.*, pp. 461 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

o qual estará dependente ainda da deliberação sobre o destino do lucro, dentro das prescrições legais⁸⁵.

Apesar desta posição mais restritiva por nós protagonizada, parece-nos consensual referir que as sociedades comerciais têm – como já o dissemos em textos anteriores – um “ADN” de cariz lucrativo que se repercute num direito abstrato e fundamental do sócio de quinhão nos lucros da sociedade, ainda que condicionado nos termos da posição por nós assumida e que tende a colocar à consideração da autonomia privada tais condições.

Também como se viu supra, tal matriz lucrativa, bem como a efetivação do direito ao lucro por parte dos sócios dependerá do desempenho da sociedade ou, melhor dizendo, do desempenho dos gestores da sociedade, responsáveis, em grande medida, pela condução da sociedade na prossecução da sua atividade e obtenção do lucro.

Assim sendo, tem-se como fulcral o papel destes gestores na concretização do fim da sociedade e do direito dos sócios de quinhão nos lucros, pelo que se mostrará de especial relevância o estudo do estatuto do gestor, com vista à concretização, ou não concretização, do correspondente dever.

Na verdade, se é certo que existe um direito dos sócios ao lucro, ainda que com as limitações supra referidas, então também será certo que o mesmo terá que se concretizar em deveres por parte de quem tem a seu cargo os destinos da sociedade.

Com efeito, salvo melhor opinião, o direito ao lucro por si só não terá qualquer concretização prática se não for devidamente acompanhado dos mecanismos concretizadores e concretizáveis em deveres por parte, neste caso, dos gestores. Como dissemos supra, e independente da posição que se tome sobre as temáticas discutidas – mais ou menos benevolente para os investidores – os

⁸⁵ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *in op. cit.*, p. 355.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

sócios/acionistas só terão direito ao lucro/dividendos se os mesmos forem previamente obtidos pelos entes societários.

De nada servirá o direito de quinhoeiro nos resultados por parte dos sócios se não existirem lucros para quinhoeiro, lucros que estarão, para não dizer exclusivamente, em larga medida dependentes do desempenho dos membros dos órgãos de gestão⁸⁶.

V. DO ESTATUTO DO GESTOR – DEVERES DO ÓRGÃO DE GESTÃO

Como referimos, tendo nós já analisado a finalidade última das sociedades – o lucro, que se concretiza num efetivo direito, ainda que abstrato, aos lucros por parte dos próprios sócios das sociedades, cumpre agora dedicar a nossa atenção ao estatuto do gestor, desde logo no que poderemos intitular como a demanda pela descoberta de um “*dever de gestão*” e – existindo – saber em que se concretiza tal dever. Designadamente, se aquele dever tem como corolário a atuação dos gestores com vista à criação de riqueza, para que os sócios possam satisfazer o seu direito à obtenção do lucro.

Na génese da problemática que agora se irá abordar encontra-se o preceituado no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, do qual, na sua atual redação resultante do artigo 4.º do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março, resulta que os gerentes ou administradores da sociedade devem observar:

⁸⁶ Certamente que a obtenção de lucros e o sucesso de um determinado ente societário estará também dependente de outras contingências internas e externas, destacando-se, desde logo, as medidas políticas adotadas pelos Estados, onde as sociedades estejam sediadas ou tenham estabelecimentos estáveis, a maior ou menor pressão fiscal, as crises económicas internacionais, os preços das matérias-primas e combustíveis, o próprio objeto e atividade social do ente societário, a boa cobrança dos créditos, entre muitas outras. Mas, ainda assim, sempre se dirá que competirá ao órgão de gestão tomar medidas de adaptação a estas realidades e sempre que possível prevenir os eventos indesejáveis para a sociedade.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

“a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e

b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores.”

Este diploma tem sido alvo de diversas alterações legislativas⁸⁷ e não menos interpretações doutrinárias, fazendo-se, agora, algumas referências quanto a esta temática.

⁸⁷ Nas palavras de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in op. cit.*, pp. 801 e ss., “O artigo 64.º tem uma história movimentada: diz muito sobre várias experiências europeias e sobre os mores legislativos nacionais (...). Na origem, temos o artigo 17.º/1 do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969. Este preceito, visando introduzir um capítulo sobre a responsabilidade dos administradores, veio dispor: Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado. Trata-se de uma regra inspirada por RAÚL VENTURA e que adveio do § 93/I do Aktiengesetz alemão, de 1965. Esse mesmo preceito foi basicamente acolhido no artigo 64.º, versão original. Com um acréscimo: a sua redação surge completada, ficando com a seguinte composição, agora sob a epígrafe “dever de diligência”: Os gerentes, administradores ou directores de uma sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores. Desta feita, o aditivo após “ordenado” adveio, por indicação de BRITO CORREIA, da proposta de 5.ª Directriz das sociedades comerciais, a qual, de resto, nunca foi adoptada. No projecto da CMVM posto a discussão pública, o preceito surge desdobrado em dois números: o n.º 1, relativo aos administradores, e o n.º 2, quanto à fiscalização. Revela, aqui, apenas o primeiro, assim redigido, agora sob a epígrafe “dever de diligência e de lealdade”: 1. Os gerentes ou administradores da sociedade devem actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado e com lealdade, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores. Por inspiração da CMVM foi acrescentado “com lealdade”. Palavras simples mas com inúmeras implicações jurídico-científicas, como veremos. Estávamos na tradição alemã, ainda que com elementos heterogêneos. Finalmente, o artigo 64.º/1, versão final proveniente da reforma e acima transcrito, desta feita epigrafiado “deveres fundamentais”, veio: articular, em alíneas separadas, os deveres de cuidado e de lealdade; explicitar o conteúdo dos deveres de cuidado e rematar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado; desenvolver o teor dos deveres de lealdade, aí inserindo, entre os elementos a atender, a referência a diversos interesses. Os “deveres de cuidado” são de origem anglo-saxónica, as concretizações de tais deveres, bem como os desenvolvimentos levados a cabo a propósito da lealdade corresponderam a ideias da CMVM, tanto quanto veio a público. Mais precisamente: às ideias destinadas a dar forma ao denominado governo das sociedades ou corporate governance, de cepa norte-americana. Também a contraposição entre deveres de cuidado e deveres de lealdade (Estado Unidos) ou fiduciários (Inglaterra) é típica dos manuais de Direito das sociedades de além-Atlântico ou de além-Mancha. Ao já colorido Direito português soma-se, assim, uma massa de língua inglesa. Cabe ao intérprete estudar o assunto: e, naturalmente: problemático.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

A) DO RECONHECIMENTO DO DEVER DE GESTÃO E SUA CONCRETIZAÇÃO:

ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, ao abordar a temática dos deveres dos administradores, alerta para o facto de não existir uma disposição legal que contenha uma enumeração exaustiva dos deveres dos administradores⁸⁸. Ainda assim, identifica e reconhece, a este propósito, a existência de um dever de administrar – *“dever de administrar com diligência”*, referindo que *“a obrigação do administrador é a de dirigir, administrar, conduzir a gestão social, o que se deve concretizar, particularmente, no exercício da actividade para que a sociedade se constituiu”*, sendo que tal obrigação terá *“...um conteúdo indefinido, não especificado, o qual deve ser sucessivamente determinado, atentas as circunstâncias do caso segundo os critérios do administrador em função de duas noções: a de diligência e a de interesse da sociedade...”*⁸⁹.

Também RAUL VENTURA e BRITO CORREIA defendem a existência de um *“dever de gestão”*⁹⁰, resultante das normas que *“põem a cargo do administrador a administração e representação da sociedade”*, mais referindo que, na determinação do conteúdo das suas obrigações, o administrador deverá recorrer à noção de diligência e à noção de interesse social, sendo que aquela diligência é concebida

⁸⁸ Vide ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, in *“A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores”*, Livraria Petrony, Lda. Lisboa, 1990, p. 172.

⁸⁹ Vide ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, in *op. cit.*, pp. 173 e ss.

⁹⁰ RAÚL VENTURA, in *“Novos Estudos Sobre Sociedades Anónimas e Sociedades em Nome Colectivo – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais”*, Almedina, Reimpressão da Edição de 1994, pp. 30 e seguintes, a propósito do artigo 431.º do Código das Sociedades Comerciais, sob a epígrafe *“Competência da direcção”* opta por utilizar apenas a expressão poderes ao referir que *“a direcção tem poderes de gestão e poderes de representação. Quanto aos primeiros, dispõe o art. 431.º/1 que compete à direcção gerir as actividades da sociedade, sem prejuízo do disposto no art. 442.º, n.º 1 (prévio consentimento do conselho geral para a prática de determinadas categorias de actos). Aos poderes de gestão dos directores é mandado aplicar o disposto nos arts. 406.º e 407.º quanto a poderes da mesma natureza do conselho de administração, mas com as modificações determinadas pela competência atribuída na lei ao conselho geral.”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

como uma bitola de concretização da ilicitude. Alertam, no entanto, que “os deveres do administrador têm sempre de ser entendidos (...) de modo que não o impeçam de correr os riscos normais da empresa, inerentes à sua função”^{91 92}.

JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, ainda que de forma não tão expressa, parece reconhecer tal “*dever de gestão*” da sociedade, referindo que o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais, sob a epígrafe “*dever de diligência*”, estabelece princípios fundamentais sobre a gestão da sociedade, sendo que primeiramente prescreve o dever de diligência, consubstanciável na obrigação de atuar com “*diligência de um gestor criterioso e ordenado*”. Acrescenta que, para além daquele dever, o preceito legal em apreço determina que o gestor deve agir “*no interesse da sociedade*”, não podendo, assim, prosseguir “*interesses próprios, da maioria ou de grupos, ou só os serve desde que compatíveis com o interesse da sociedade*”. Ensina ainda este proeminente autor que o gestor deve ter em atenção os interesses dos sócios, tendo em conta também os interesses dos trabalhadores. Mais acrescentando que tais bitolas de interesses “*têm relevo jurídico na apreciação da correcção da gestão praticada*”, reconhecendo, desta forma – salvo melhor opinião – a sindicabilidade da gestão praticada, ainda que por via da concretização dos referidos interesses⁹³.

Para este autor, a gestão concretiza-se, genericamente, numa competência de prossecução da política social e de execução de deliberações dos sócios, gozando, para tanto, de larga autonomia na prossecução desses objetivos⁹⁴.

Na mesma senda, parece seguir DOMINGOS FERREIRA ao considerar que “a criação de valor e de riqueza constitui um dos objectivos primordiais na gestão de

⁹¹ Vide RAÚL VENTURA e LUÍS BRITO CORREIA, in “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas”, in Boletim do Ministério da Justiça, n.º 192, pp. 58-112.

⁹² Em estudo posterior, LUÍS BRITO CORREIA, in “Os administradores de sociedades anónimas”, Coimbra, 1993, pp. 596-620, defende a existência de um “*dever de diligência*”, fundado no art. 64.º CSC, mais referindo que a diligência deverá ser aplicada no sentido do interesse social.

⁹³ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, in op. cit., pp. 443 e ss.

⁹⁴ JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, in op. cit., p. 447.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*qualquer empresa e deve ser a preocupação, dos seus responsáveis, qualquer que seja o nível hierárquico em que se situem e as tarefas que desempenhem*⁹⁵.

Por sua vez, e em sentido dissonante, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, sobre esta temática, parece preferir falar em direito ou poder de gestão, referindo que “*Em termos jurídicos, os administradores têm dois poderes, de conteúdo muito vasto: o poder de gerir ou de administrar e o poder de representar*”⁹⁶, reconhecendo, no entanto, que o legislador não os reconheceu na parte geral do Código das Sociedades Comerciais. Se bem percebemos a opinião deste proeminente doutrinador, parece não reconhecer a existência de um dever de gestão propriamente dito, por considerar que o mesmo não tem consagração legal^{97 98}.

Já PAULO OLAVO CUNHA, não se pronunciando diretamente sobre o dever de gestão, ao analisar o referido preceito legal, ensina-nos que o Código das Sociedades Comerciais contém um “*critério geral de atuação da administração, o qual corresponde tecnicamente a uma cláusula geral que consiste na imposição do desempenho de funções de administração com diligência de um administrador criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, mas tendo também em conta os interesses dos sócios e dos demais stakeholders*”⁹⁹.

Para o mencionado autor, a atual redação do artigo 64.º reporta a diligência do gestor criterioso e ordenado ao dever de cuidado e estabelece um dever de lealdade a observar pelos gestores e em função do qual se definem os interesses em jogo. Consequentemente, o artigo 64.º apresenta duas vertentes distintas: “*por um lado, permite caracterizar o interesse social nele englobando, para além dos interesses*

⁹⁵ Vide DOMINGOS FERREIRA, in “*Fusões, aquisições e reestruturações de empresas, Vol. I*”, Sílabo Editora, 2002, p. 23.

⁹⁶ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *op. cit.*, p. 794.

⁹⁷ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in “*Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*”, Lex, Lisboa, 1997, pp. 40 e ss.

⁹⁸ Em idêntico sentido ao não reconhecer o intitulado dever de gestão segue M. NOGUEIRA SERENS, in “*Notas sobre a sociedade anónima*”, Coimbra Editora, 1995, pp. 92 e ss.

⁹⁹ Vide PAULO OLAVO CUNHA, in *op. cit.*, p. 542.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

dos sócios e dos trabalhadores, os interesses dos clientes e dos credores; por outro lado, procura fixar os deveres fundamentais, de cuidado e lealdade, dos gestores e dos membros dos órgãos de fiscalização das sociedades comerciais, os quais devem, respectivamente, empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, n.º 1, alínea a)) e elevados padrões de diligência profissional (art. 64.º, n.º 2)”¹⁰⁰.

Por sua vez, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, na análise que faz ao preceito sujeito a escrutínio, identificando como deveres fundamentais dos administradores o dever de cuidado, o dever de diligência e o dever de lealdade, refere que *“o estudo destes deveres tem interesse nomeadamente para efeitos de avaliação de justos motivos para destituição de administradores e apuramento de responsabilidade civil, devendo ser cotejados com o princípio business judgment rule enunciado no art. 72.º, n.º 2, em sede de responsabilidade civil dos administradores.”¹⁰¹* Defende ainda que *“o artigo 64.º não refere o dever de administrar, que até deveria ser a obrigação principal, objecto do contrato de administração, do qual os outros deveres seriam corolários. Isto é, os administradores estão adstritos ao dever de administrar a sociedade com cuidado, diligência e lealdade. Estes deveres adjectivos têm de se reportar à função de administração da sociedade. A obrigação de administrar representa, pois, um conceito-síntese (Inbegriff)”^{102 103}.*

Sem colocar em causa o referido dever por parte do órgão de gestão, entende aquele autor que se compreenderá que o legislador tenha optado por não utilizar a expressão, *“dever de administrar”*, visto que, *“na compreensão actual da corporate governance, as funções dos administradores podem não se reconduzir à administração propriamente dita (gestão), sendo, em algumas situações, próximas da fiscalização,*

¹⁰⁰ Vide PAULO OLAVO CUNHA, *in op. cit.*, p. 544.

¹⁰¹ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 233

¹⁰² Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 234

¹⁰³ Em idêntico sentido parece seguir MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *“A business judgment no quadro dos deveres gerais dos administradores”*, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra Editora, pp. 212 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*como acontece com os administradores membros da comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico, ou até com os administradores não executivos quando tiverem sido delegados poderes de gestão corrente numa comissão executiva ou em Administradores Delegados*¹⁰⁴.

Na mesma senda, PEDRO MAIA advoga a existência de um dever de administrar e do inerente poder de inspeção e de informação sobre a atividade geral da sociedade¹⁰⁵.

Também, JOÃO SOARES DA SILVA defende a existência de um dever geral de diligência, considerando que o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais contém *“também uma fonte autónoma de determinação da conduta devida”*, referindo que *“o cumprimento do dever de diligência, nas decisões empresariais, se transforma na necessidade de observância de um processo (de informação, de ausência de conflito de interesses, de boa fé), mais do que num juízo sobre a decisão em si”*¹⁰⁶.

Por último¹⁰⁷, também MARIA ELISABETE GOMES RAMOS entende que o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais prescreve um dever de administrar de *“carácter genérico e indeterminado (...), que se desenvolve com uma larga margem de discricionariedade”*, ainda que balizado pelo dever de atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, que *“irá constituir parâmetro de aferição do cumprimento de deveres singulares, podendo determinar condutas não directamente*

¹⁰⁴ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 234.

¹⁰⁵ Vide PEDRO MAIA, *in “Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima”*, Coimbra, 2002, pp. 247-281.

¹⁰⁶ Vide JOÃO SOARES DA SILVA, *in “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance”*, Revista da Ordem dos Advogados, 1997, p. 605-628.

¹⁰⁷ Optamos por fazer identificar algumas das posições doutrinárias mais relevantes quanto a esta matéria, sem no entanto, ser nossa intenção esgotar as inúmeras referências bibliográficas que poderiam contribuir nesta temática. Entendemos que tal exercício de enumeração exaustiva da posição dos demais doutrinadores tornar-se-ia demasiadamente extenso, sem que se obtivesse um ganho substancial para a temática em discussão.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*especificadas na lei ou no contrato de sociedade”, considerando ainda que sobre o órgão de gestão impede uma obrigação de meios, sendo que os maus resultados apresentados pela empresa são indícios de uma conduta negligente do administrador*¹⁰⁸.

Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA refere que o administrador tem, em primeira linha, os deveres (ou poderes-deveres) essenciais de gerir e representar a sociedade. Sendo que o primeiro reportar-se-á ao plano interno e o segundo ao plano externo da vinculação da sociedade, mais referindo que no *“dever de administrar compreende-se diretamente o dever de promoção do fim social, que não carece de concretização expressa e é igualmente independente dos deveres de cuidado e de lealdade”*^{109 110}.

Da nossa parte (e salvo o devido respeito por opinião em sentido contrário, acompanhando a maioria dos autores supra identificados) entendemos que a definição terá necessariamente que englobar o conteúdo do definido, ou seja, parece-nos clarividente que a primeira das obrigações do órgão de gestão terá que corresponder ao próprio dever de gerir ou administrar a sociedade com vista à obtenção dos melhores resultados possíveis, pois é, aliás, essa a sua função: gerir bem com o objetivo de obter os maiores ganhos que lhe forem admissíveis¹¹¹.

¹⁰⁸ Vide MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, in *“Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais”*, Coimbra, 2002, pp. 65-99, e MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, in *“Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 73, pp. 211-250.

¹⁰⁹ Vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, in *“Manual de Governo das Sociedades”*, Almedina, 2017 Reimpressão, p. 226.

¹¹⁰ ANA PERESTRELO DE OLIVERIA, in *op. cit.*, p. 312, volta a reforçar tal entendimento referindo que *“Entre os deveres dos administradores, surge, antes de mais, a obrigação de estes se ocuparem positivamente da gestão social. Sob outra formulação, da atribuição de poderes de gestão aos administradores da sociedade comercial decorre um correlativo dever funcional de dirigirem a empresa, praticando todos os atos necessários à realização dos respetivos fim e objeto sociais.”*

¹¹¹ Ignoramos a existência de membros dos órgãos de gestão que não têm funções executivas, desempenhando funções próximas das de fiscalização, como aliás faz notar ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, in *op. cit.* p. 234, ao referir que *“compreende-se que o legislador não tenha querido utilizar a expressão dever de administrar, porquanto, na compreensão actual da corporate governance, as*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

O órgão de gestão tem, assim, a obrigação de maximizar a sua estrutura societária e produtiva, com o respeito pelos deveres de cuidado, diligência e lealdade, para a otimização produtiva com o objetivo de obter o maior lucro possível.

Parece-nos, aliás, que da mesma forma que o trabalhador tem o dever de trabalhar no âmbito do contrato de trabalho por si outorgando, apesar de tal não constar especificamente, quer do artigo 11.º do Código do Trabalho, quer do artigo 128.º do mesmo diploma legal¹¹², também, similarmente, o gestor tem o dever de gerir¹¹³.

funções dos administradores podem não se reconduzir à administração propriamente dita (gestão), sendo, em algumas situações, próximas da fiscalização, como acontece com os administradores membros da comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico, ou até com os administradores não executivos quando tiverem sido delegados poderes de gestão corrente numa comissão executiva ou em Administradores Delegados”, no entanto, ainda assim, entendemos que tais administradores estão obrigados a um “dever de gestão” em sentido abrangente, desde logo por disporem de capacidade para decidir os destinos da sociedade.

¹¹² Resulta do Artigo 11º do CT sob a epígrafe “Noção de contrato de trabalho” que “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas.”

Por sua vez, dispõe o artigo 128.º do mesmo diploma legal, sob a epígrafe “Deveres do Trabalhador” que:

“1 - Sem prejuízo de outras obrigações, o trabalhador deve:

- a) Respeitar e tratar o empregador, os superiores hierárquicos, os companheiros de trabalho e as pessoas que se relacionem com a empresa, com urbanidade e probidade;
- b) Comparecer ao serviço com assiduidade e pontualidade;
- c) Realizar o trabalho com zelo e diligência;
- d) Participar de modo diligente em acções de formação profissional que lhe sejam proporcionadas pelo empregador;
- e) Cumprir as ordens e instruções do empregador respeitantes a execução ou disciplina do trabalho, bem como a segurança e saúde no trabalho, que não sejam contrárias aos seus direitos ou garantias;
- f) Guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios;
- g) Velar pela conservação e boa utilização de bens relacionados com o trabalho que lhe forem confiados pelo empregador;
- h) Promover ou executar os actos tendentes à melhoria da produtividade da empresa;
- i) Cooperar para a melhoria da segurança e saúde no trabalho, nomeadamente por intermédio dos representantes dos trabalhadores eleitos para esse fim;
- j) Cumprir as prescrições sobre segurança e saúde no trabalho que decorram de lei ou instrumento de regulamentação colectiva de trabalho.

2 - O dever de obediência respeita tanto a ordens ou instruções do empregador como de superior hierárquico do trabalhador, dentro dos poderes que por aquele lhe forem atribuídos.”

¹¹³ Não pretendemos com esta analogia aproximar o contrato de gestão ao contrato de trabalho, não perfilhando, aliás tal posição. Pretendemos apenas reforçar a ideia de que, apesar de não constar

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Dito isto, também nós entendemos que, ainda que não expressamente previsto no artigo 64.º do CSC, estará implícito, no espírito da norma e, consequentemente, nas funções deste órgão de gestão, tal dever, pelo que os deveres de cuidado e de lealdade identificados na norma deverão ser interpretados no âmbito desse dever geral dos gestores.

Aliás, parece-nos consensual que o estatuto do gestor corresponde a um complexo de direitos e deveres que constituem a situação jurídica decorrente da relação de administração¹¹⁴, estando praticamente assente que tal relação de administração se deverá subsumir num contrato de prestação de serviços, regido pelo disposto nos artigos 1154.º e ss do Código Civil¹¹⁵ e pelas condições concretas que tenham sido acordadas entre os administradores e o órgão ou entidade que o nomeou, que se designará como contrato de administração¹¹⁶, regulado pelas normas legais, estatutárias e contratuais supra indicadas, bem como pelas demais normas que identificam direitos e deveres deste órgão dispersas, de forma fragmentária, no Código das Sociedade Comerciais e demais diplomas legais aplicáveis.

É, portanto, nossa opinião que os referidos deveres de cuidado e lealdade – bem como os demais deveres regulados nas diversas normas em causa – serão corolários do intitulado “*dever de gestão*”, pelo que estes deveres adjetivos terão necessariamente de se reportar à função de administração da sociedade. Nessa

expressamente da letra da lei, tal dever terá de ser o primeiro dos deveres a ser tido em atenção por parte do órgão de gestão.

¹¹⁴ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, pp. 231 e ss.

¹¹⁵ Como se trata de um mandato comercial, destinando-se à prática de atos de comércio, aplicar-se-ão ainda as disposições do Código Comercial sobre o mandato, designadamente artigos 231.º e ss do referido diploma legal.

¹¹⁶ Cf. neste sentido o Acórdão da Relação do Porto de 12-12-94, *in Col. Jur.*, 1994. V, p 228; Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23/05/2002, *in dgsi*, doc. n.º SJ300205230011522. Veja-se, ainda, LUÍS BRITO CORREIA, *in op. cit.*; Almedina, 1993, e ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *in “Da responsabilidade dos administradores das sociedades comerciais”*, p. 335 e ss.; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *in op. cit.*, pp. 263 e ss.; RUI RANGEL, *in “A vinculação das sociedades anónimas”*, Edições Cosmos, 1998, p. 32 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

medida, também nós vemos tal obrigação de administrar como um conceito-síntese da própria atividade do órgão de gestão.

Com efeito, salvo melhor opinião, dificilmente se admitirá que os membros dos órgãos de gestão não estejam obrigados a tal dever, que mais não é do que a própria razão da sua existência e justificação das suas funções.

Por outro lado, se é verdade que, no passado, a letra da norma conferia base argumentativa à doutrina que não reconhecia tal dever, por dela não constar qualquer referência ao mesmo dever, também é verdade que, atualmente, ao se prescrever que o órgão de gestão deve observar os *“Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado”*, se confere maior força interpretativa àquela doutrina que reconhece a existência do dito dever, desde logo por se utilizarem expressões como *“competência técnica”* e *“conhecimento da atividade da sociedade”*, que nos remetem para uma atividade com vista à gestão criteriosa e ordenada, consubstanciada em conhecimentos e aptidões técnicas para o exercício de tais funções.

Consequentemente, parece-nos que sobre o órgão de gestão impede uma obrigação de meios, sendo que os maus resultados apresentados ou, indo mais longe, os resultados medíocres e/ou que se mostrem abaixo do expectável, pela empresa, servirão de bitola ainda que meramente indiciária de uma violação desse dever geral de administração. Melhor dizendo: atento o fim mediato das sociedades de obtenção do lucro e o direito dos sócios de quinhão nos lucros, o dever de administrar ou de gestão tem em vista esse mesmo fim, podendo o órgão de gestão ser responsabilizado pela violação desse dever da gestão, por se ter ficado aquém dos resultados empresariais expectáveis.

Dito isto e reconhecendo-se tal dever de gestão por parte dos membros do órgão de gestão, cumprirá agora aferir da sua sindicabilidade e em que termos a mesma é admissível, bem como quais as consequências – no âmbito do Direito Societário – poderão ser acarretadas àqueles mesmos membros.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

B) DA RESPONSABILIZAÇÃO/SINDICABILIDADE DO DEVER DE GESTÃO/ DEVER DE DILIGÊNCIA E A BITOLA DA *BUSINESS JUDGMENT RULE*:

Se é verdade que se assiste a uma certa tendência doutrinária e jurisprudencial¹¹⁷ no sentido de se reconhecer o dever geral de gestão por parte dos membros do órgão de gestão – posição que, como o referimos, acompanhamos – também é verdade que, relativamente à sindicabilidade de tal dever e subsequente responsabilização do órgão de gestão¹¹⁸, o debate doutrinal é bem mais inflacionado.

Cumpre-nos, agora, dar conta de algumas posições doutrinárias assumidas e tomar posição sobre a questão em debate – até porque a mesma terá efetiva relevância para a problemática levada a estudo.

No centro da controvérsia está o disposto no artigo 72.º do Código das Sociedades Comerciais, sob a epígrafe *“Responsabilidade de membros da*

¹¹⁷ Vide sentença proferida no processo n.º 208/99 pela Comarca de Lisboa – 3.ª Vara Cível – 1.ª Secção, datada de 27.10.2003, consultável in PEDRO CAETANO NUNES, in *“Corporate Governance”*, da qual resulta que *“Importa realçar as conclusões centrais para efeitos de resolução do presente litígio. O administrador tem um dever de gestão, o conteúdo deste dever é concretizado pelo interesse social, pelas *leges artis* da gestão de empresas e pelo critério de diligência de um gestor criterioso e ordenado. O dever de gestão compreende (nomeadamente) o dever de obtenção de informação no inter decisional e o dever de não tomar decisões irracionais.”* O próprio autor e juiz tem oportunidade de referir, no identificado acórdão, que não é conhecido *“nenhum caso de efectiva condenação de um administrador perante a sociedade, por violação do dever de gestão (de administração ou de diligência)”* – vide p. 21 da identificada obra. De resto, a própria decisão do caso supra identificado vai nesse sentido ao dispor que *“Face ao exposto, julgo a presente acção totalmente improcedente e, em consequência, absolvo os réus (....)”* – vide p. 44.

¹¹⁸ Vamos, nesta sede dedicar-nos à responsabilidade civil dos referidos administradores perante a sociedade, deixando as demais formas de responsabilização que aqui poderiam ser abordas para momentos posteriores.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*administração para com a sociedade*¹¹⁹, mais precisamente no seu n.º 2, no qual se estatui o princípio *business judgment rule*.

i) BREVES REFERÊNCIAS DE DIREITO INTERNACIONAL - O EXEMPLO NORTE-AMERICANO

Esta matéria da responsabilidade civil dos administradores é uma das questões centrais de todo o *corporate law*, encontrando-se bastante desenvolvida pela doutrina e jurisprudência, desde logo porque é vista como um dos principais mecanismos de controlo da atividade dos administradores.

O regime substantivo de responsabilidade dos administradores baliza-se na definição dos deveres gerais dos administradores – os *fiduciary duties*.

Para este ordenamento jurídico, os administradores devem tomar decisões com certo grau de risco, as quais se mostram necessárias para a manutenção do risco empresarial.

¹¹⁹ Do referido preceito legal resulta que:

“1 - Os gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa.

2 - A responsabilidade é excluída se alguma das pessoas referidas no número anterior provar que actuou em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial.

3 - Não são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respectivo livro de actas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador.

4 - O gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos actos a que poderia ter-se oposto.

5 - A responsabilidade dos gerentes ou administradores para com a sociedade não tem lugar quando o acto ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável.

6 - Nas sociedades que tenham órgão de fiscalização, o parecer favorável ou o consentimento deste não exonaram de responsabilidade os membros da administração.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

São, essencialmente, reconhecidos como deveres gerais dos administradores o *duty of care* e o *duty of loyalty*, ou *duty of fair dealing*, bem como o *duty to act lawfully*.

O *duty of care* caracteriza-se essencialmente por ser um dever dos administradores de cumprirem com diligência as obrigações derivadas das suas funções, o qual dividir-se-á no *duty to monitor*; no *duty to inquiry*; no dever de realizar um *reasonable decisionmaking process*; e no dever de assumir uma *reasonable decision*.

Atentos os deveres supra referidos, tem sido doutrinado por este ordenamento jurídico que “o administrador tem não só o dever de produzir uma decisão ponderada e equitativa – *reasonable decision* –, mas também o dever de, ao longo de um processo tendente à tomada da decisão, obter a informação suficiente e razoável para o habilitar a tomar uma boa decisão – *reasonable decisionmaking process*. O *process due care* varia de acordo com a complexidade da decisão, com o tempo disponível, a variedade de decisões possíveis e os seus custos relativos”¹²⁰.

Tem-se entendido que a responsabilidade dos administradores, no âmbito do *duty of care*, está limitada pela *business judgment rule*, que visa excluir a valorização e respetiva sindicabilidade do mérito das decisões dos administradores por parte dos tribunais, restringindo, assim, em grande medida a responsabilidade dos membros dos órgãos de gestão.

Consequentemente, nos termos da *business judgment rule*, os tribunais norteamericanos limitam-se a sindicat a razoabilidade do processo decisional, não lhes sendo possível aferir do mérito da decisão. Nesta senda, a sindicabilidade dos tribunais está limitada ao cumprimento ou incumprimento do dever de realizar um *reasonable decisionmaking process*, não aferindo da bondade da *reasonable decision*¹²¹.

¹²⁰ Vide PEDRO CAETANO NUNES, *in op. cit.*, pp. 22 e 23.

¹²¹ Esta limitação da sindicabilidade tem sido justificada com base em diversos argumentos, dos quais se destacam: o facto de os juízes não possuírem formação específica na área da gestão empresarial,

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Como faz ver PEDRO CAETANO NUNES, *“A business judgment rule é tradicionalmente decomposta em quatro aspectos, sendo que três são condições de aplicação da regra e a quarta é a regra em si.”* Em primeiro lugar, a business judgment apenas é aplicada caso seja tomada conscientemente uma decisão. A regra não é aplicada quando inexista um decisionmaking process e em caso de falta de vigilância. Em segundo lugar, a regra apenas se aplica se os administradores não tiverem um interesse pessoal financeiro ou pecuniário no mérito da decisão. Em terceiro lugar, a regra apenas se aplica se não for violado o dever de produzir um reasonable decisionmaking process. Em quarto lugar, caso estejam reunidas as condições anteriores, o mérito da decisão não será analisado.” Concretamente não será sindicada a *“razoabilidade substancial da decisão, restringindo-se a análise à sua racionalidade. Isto é, apenas é admitida a responsabilidade em caso de decisões irracionais (egregious ou irrational decisions)”*. Nessa medida, para o direito norte-americano, *“por força da business judgment rule não existe responsabilidade por negligente substantive decisions. A responsabilidade restringe-se a situações de negligência no inter decisional ou a decisões irracionais”*^{122 123 124 125}.

sendo que não estarão habilitados para a análise do mérito das decisões do órgão de gestão; por outro lado dificilmente se consegue carrear para os processos judiciais todos os factos que importam para as decisões do órgão de gestão, correndo-se o risco de se fazer uma análise redutora; de se realçar ainda o facto de se tratar de uma análise *ex post* do mérito da decisão do órgão de gestão, o que condicionará sempre a decisão com base nos eventuais resultados de que dessa decisão tenham surgido. Apesar de se acharem todas essas argumentações como válidas, parece-nos que a mais relevante será o facto de não se pretender condicionar o comportamento dos gestores de forma a limitar o seu risco com o receio de serem responsabilizados pelas decisões que, por algum motivo, venham a mostrar-se menos benéficas para os resultados da sociedade.

¹²² Vide PEDRO CAETANO NUNES, *in op. cit.*, pp. 24 e 25.

¹²³ Vide ainda PEDRO CAETANO NUNES, *in “Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”*, Almedina, 2018 Reimpressão, pp. 248 e ss.

¹²⁴ Sobre esta matéria vide ainda *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, American Law Institute, St. Paul, 1994, Eisenberg.

¹²⁵ Igualmente no direito alemão se encontra pacificada a existência de um dever de gestão ou de diligência do administrador, sendo que o seu conteúdo é delimitado pelo interesse social. Sem prejuízo do reconhecimento daquele dever de gestão, também, no direito alemão existe uma tendência para se reconhecer a insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, consideração que as mesmas gozam de ampla margem de discricionariedade. Também no direito italiano

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

ii) BREVES REFERÊNCIAS DE DIREITO INTERNO

ILÍDIO DUARTE RODRIGUES adverte-nos de que os administradores/gestores estão sujeitos a uma multiplicidade de deveres, sendo que a violação culposa desses deveres, quando dela resultem prejuízos, é fonte de responsabilidade civil por parte daqueles, a qual visa *“exclusivamente à sua responsabilidade funcional, ou seja a que emerge de actos praticados no ou durante e por causa do exercício das suas funções”*¹²⁶.

A responsabilidade dos gerentes, administradores e diretores para com a sociedade, por comportamentos praticados no exercício das suas funções apresenta-se de matriz subjetiva, estando assim dependente de atuação culposa, concluindo que, como defendido pela doutrina dominante, tratar-se-á de uma responsabilidade obrigacional ou contratual. Consequentemente, constituem *“requisitos da responsabilidade do administrador o facto danoso (danos à sociedade causados por actos ou omissões, estando aqueles ligados a estes por um nexo de causalidade, ou danos emergentes da inexactidão e deficiência das indicações e declarações prestadas com vista à constituição da sociedade), a ilicitude (praticado com preterição dos deveres legais ou contratuais) e a culpa, cujo ónus da prova recai sobre o próprio administrador (art. 72., n.º 1)”*¹²⁷.

reconhece de forma pacífica, a par de deveres de conteúdo específico, um dever geral de administrar com diligência, sendo maioritária – do que nos apercebemos – a doutrina que defende a aferição deste dever com base em critérios de profissionalidade, ou seja, com base num critério técnico do gestor ordenado e criterioso. Igualmente neste ordenamento jurídico vingou o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões empresariais, não podendo, portanto, o juiz sindicá-las o mérito das ditas decisões empresariais tendo por base critérios de discricionariedade, oportunidade ou conveniência.

¹²⁶ Vide ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *in op. cit.*, p. 208.

¹²⁷ Vide ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *in op. cit.*, pp. 208 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Por sua vez, JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO refere que *“o principal dever que recai sobre os gestores é (...) sintetizado pelo art. 64 (...)”*. Se infringir os seus deveres, *“deverá o gestor ficar constituído em responsabilidade perante a sociedade, os credores e os sócios ou terceiros”*¹²⁸, sendo que o gestor *“tem seguramente deveres funcionais para com a sociedade. Se os infringir fica sujeito a responsabilidade perante ela. A responsabilidade é obrigacional, porque assenta na violação de deveres específicos”*. Refere que *“a exclusão da responsabilidade, se provarem que procederam sem culpa, confirma que a responsabilidade é obrigacional: o preceito é o correspondente ao art. 799/1 CC. Aplicam-se na generalidade as regras da responsabilidade obrigacional”*¹²⁹.

Por sua vez, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, faz notar que o dever de diligência está associado à obrigação de gestão, alertando que o padrão de referência não é o *“bonus pater familiae”* do direito civil, previsto nos artigos 487.º, n.º 2, e 799.º, n.º 2, do Código Civil, mas a figura abstrata de um *“gestor criterioso e ordenado”*, naturalmente com maior discricionariedade, mas mais exigente, tendo em atenção as importantes incumbências atribuídas aos administradores¹³⁰. Prossegue o referido autor no sentido de entender que este *“padrão de referência tem particular importância no que respeita à avaliação de justos motivos para a destituição, ou da culpabilidade para efeitos de responsabilidade civil”*, sendo certo que a *“actividade empresarial envolve, por natureza, certos riscos, os quais, aliás estão na base do lucro da sociedade e dos sócios nas economias de mercado”*, pelo que *“o mérito da decisão não deve ser aferido aos resultados da conduta, mas aos elementos disponíveis no momento da decisão”*¹³¹. Sem prejuízo do supra exposto, constata que, no nosso sistema judicial, vigora o *“princípio da insindicabilidade do mérito das*

¹²⁸ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *in op. cit.*, p. 453.

¹²⁹ Vide JOSÉ DE OLIVEIRA ASCENSÃO, *in op. cit.*, pp. 456 e 457.

¹³⁰ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 237.

¹³¹ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 237.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

decisões de gestão, pelo que os tribunais se devem circunscrever a averiguar os pressupostos da responsabilidade civil, nomeadamente se os administradores procederam com o cuidado e a diligência devidas. O critério geralmente adoptado é o da razoabilidade, ou, seguindo a terminologia anglo-saxónica duty to a reasonable decision making process e duty to a reasonable decision". Nessa medida, entende que os gestores apenas poderão ser responsabilizados pelos comportamentos que não sejam razoáveis, de acordo com o princípio *business judgment rule*¹³².

Alerta este autor que a jurisprudência nacional, em consonância com o por si doutrinado, tem privilegiado o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão, por se entender que tal implicaria uma imiscuição no governo das sociedade e de que os tribunais não estão aptos para essa análise. Nessa medida *"a responsabilidade civil do órgão de gestão tem assentado sempre na violação de deveres legais, quer concretos, quer do dever geral de diligência, cujo padrão era o arquétipo do "gestor criterioso e ordenado", com toda a subjectividade que essa figura abstracta propicia"*¹³³. Consagra-se assim o princípio *"business judgment rule"*, do qual resulta uma maior sindicabilidade, não propriamente quanto ao mérito, mas quanto ao processo de decisão.

O identificado doutrinador adverte que *"é simultaneamente fácil e perigoso avaliar a posteriori o mérito de uma decisão de gestão, porquanto, dada a incerteza e até irracionalidade do comportamento do mercado, duma decisão tecnicamente injustificável podem resultar proveitos inesperados, assim como de uma decisão tecnicamente inatacável podem resultar prejuízos impensáveis."*¹³⁴ Alerta ainda para o facto de a boa gestão comportar sempre uma margem de risco calculado, pelo que tal sindicabilidade iria, naturalmente, contrair o poder decisional dos gestores para as decisões de matriz mais conservadora, o que poderia colocar em causa os

¹³² Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, pp. 237 e 238.

¹³³ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 257.

¹³⁴ Vide ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *in op. cit.*, p. 257.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

resultados societários e a própria subsistência da sociedade no mercado, como o consequente direito dos seus sócios ao lucro.

Já PEDRO CAETANO NUNES refere que o art. 72, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais, deverá ser visto como uma cláusula de exclusão da responsabilidade civil pela violação do dever de gestão¹³⁵, sendo certo que a *“A regra de limitação da responsabilidade prevista no art. 72, n.º 2, do CSC não exclui totalmente a sindicabilidade judicial do mérito das decisões empresariais. O legislador apenas isenta de responsabilidade o administrador que atue “segundo critérios de racionalidade empresarial”*¹³⁶, concluindo pela limitação da sindicabilidade das decisões dos administradores quando apenas está em causa o mérito das mesmas, com respeito pelos deveres e requisitos expressamente constantes no artigo 64.º do Código da Sociedades Comerciais.

iii) DAS CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS INTERCALARES

Muito mais haveria a dizer sobre a *business judgement rule*, designadamente se esta se apresenta como causa de exclusão da ilicitude ou da culpa, ou ainda se se apresenta como um critério de avaliação da gestão, mas tal desenvolvimento fugiria, certamente, ao foco do presente estudo.

Para o que nos importa aqui analisar, ficar-nos-emos com a constatação de que, quer a doutrina quer a jurisprudência nacionais, privilegiam o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão – *stricto sensu* – no governo das sociedades, na senda do já vem sendo doutrinado nos ordenamentos jurídicos norte-americano e alemão.

¹³⁵ Vide PEDRO CAETANO NUNES, in *“Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”* p. 515.

¹³⁶ Vide PEDRO CAETANO NUNES, in *“Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”* p. 517.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Com efeito, para que a *business judgement rule* explanada no artigo 72.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais possa atuar, terão que se verificar três pressupostos a saber: (i) tratar-se de decisão empresarial; (ii) tomada em benefício da sociedade; (iii) com base em informação adequada. Consequentemente, para efeitos de responsabilização civil dos administradores por via de violação do dever de gestão terá que se proceder à análise do preenchimento dos referidos pressupostos, sendo que em caso afirmativo, tal decisão será insindicável.

Em modo conclusivo, dir-se-á que para a maioria da doutrina comercialista, existirá um “*dever de gestão*”, que se consubstanciará em decisões de gestão e de atos necessários adequados à realização dos respetivos fim e objeto sociais, mas que o seu mérito, em princípio, não será alvo de sindicabilidade jurisprudencial, desde que preenchidos aqueles requisitos supra mencionados.

Consequentemente, no que à poupança fiscal diz respeito, para a doutrina comercialista, ainda que se admita a existência de um “*sub-dever de gestão tributária*”, consubstanciável na obrigatoriedade de se tomarem as decisões e atos que se mostrem mais vantajosos, dificilmente se poderá concluir pela sindicabilidade jurisprudencial das decisões de cariz fiscal. Com efeito, a obrigatoriedade de se proceder às escolhas por um determinado ato, negócio, ou operação que se mostre fiscalmente mais vantajosa consubstanciará uma efetiva redução de “*custos*” fiscais, por via da menor taxação ou até isenção de tais atos, negócios, ou operações, ou ainda pela redução das obrigações declarativas necessárias ao cumprimento dos deveres fiscais.

Na verdade, estando a *business judgement rule* dependente daqueles pressupostos de aplicação, certamente se concluirá que, se não todas, a grande maioria das decisões de cariz fiscal, ficará, confortavelmente, acomodada na discricionariedade da decisão de gestão e subsequentemente na sua insindicabilidade, por parte dos tribunais. Com efeito, a generalidade das decisões de “planeamento fiscal” realizada pelo órgão de gestão será tida como decisões empresariais, que serão tomadas em benefício da sociedade, ou, pelo menos,

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

difficilmente, se admitirá que sejam tomadas em benefício exclusivo dos membros do órgão de gestão.

A dúvida poderá colocar-se ao nível da informação adequada prévia à decisão. Contudo, como é consabido, a diversidade de opções fiscais e a inexistência de um sistema neutral conjugada com a complexidade do ordenamento jurídico-tributário, que resultam no inegável inflacionamento da insegurança jurídica, levar-nos-á a concluir que as decisões fiscais legais – ainda que se mostrem mais onerosas para o contribuinte-empresa – estarão quase sempre balizadas naquele último requisito. A decisão fiscal irá certamente depender do perfil de cada um dos membros dos órgãos de gestão que investirão mais ou menos nos conhecimentos da fiscalidade e respetivo planeamento dos atos, negócios ou operações que realizem. Por outro lado, sempre se poderá invocar a maior ou menor aptidão para o risco/cautela fiscal dos membros dos órgãos de gestão, para justificar determinadas decisões que não se mostrem como sendo as mais vantajosas para os interesses da sociedade, no âmbito da fiscalidade.

Consequentemente, só mesmo aquelas decisões em que a desvantagem fiscal para a sociedade se mostre clamorosa é que a sindicabilidade da decisão se poderá colocar, com base na violação do dever de obter uma informação adequada à decisão a tomar, e ainda assim, tal prova estará sempre dependente de um exercício comparativo com a atuação que seria realizada por um *“gestor criterioso e ordenado”*.

C) DAS OUTRAS FORMAS DE RESPONSABILIZAÇÃO/SINDICABILIDADE DO DEVER DE GESTÃO:

Chegados aqui, sempre se dirá que o direito societário ainda prescreve outras formas de *“responsabilização”* do órgão de administração pela violação dos deveres de gestão e que daremos breve nota.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Efetivamente, constata-se que o órgão de gestão pode ser destituído, com justa causa, a qual poderá consistir, nomeadamente, na violação por ação, ou omissão, das obrigações dos membros dos órgãos de gestão, ou na incapacidade para o exercício normal das respetivas funções (cf. artigos 257.º, n.º 6 e 403.º, n.º 4, ambos do CSC). Com efeito, é pacificamente aceite, para a doutrina comercialista, que o desempenho de funções do órgão de gestão se encontra permanentemente sob escrutínio dos acionistas e/ou sócios, pelo que podem estes nas respetivas assembleias gerais de aprovação de contas e apreciação do desempenho daquele órgão proceder à destituição dos seus membros, ainda que tal facto não conste expressamente da ordem de trabalhos. Para além desta ocasião, pode ainda, em qualquer momento, ser convocada a assembleia geral para a finalidade de destituir os membros daquele órgão de gestão¹³⁷, destituição do órgão de gestão que pode ter lugar por justos motivos ou sem qualquer fundamento¹³⁸. Por regra, tratar-se-á de um ato *ad nutum*, ou seja, ocorre sem que tenha de se fundamentar num motivo ou justa causa, sendo que tal apenas releva para efeitos de uma eventual indemnização pelos danos sofridos a que o destituído tenha direito¹³⁹. Com efeito, nos casos de destituição com justa causa, a sociedade não terá de indemnizar o destituído, bem como, sendo o caso, poderá ressarcir-se de eventuais danos que tenha sofrido pela atuação (ou inação) do mesmo¹⁴⁰.

Nessa medida, sempre se dirá que o Código das Sociedades Comerciais dá duas definições próximas de justa causa de destituição. Relativamente às sociedades por quotas, dispõe o artigo 257.º, n.º 6 do CSC que “*constituem justa causa de*

¹³⁷ Vide Paulo Olavo Cunha, *in op. cit.*, p. 827.

¹³⁸ Vide EDGAR VALLES, *in op. cit.*, p. 12.

¹³⁹ Nesse sentido segue, por exemplo, o Acórdão do STJ de 15 de fevereiro de 2000, consultável in BMJ 494, 2000, pp.358-366 e o Acórdão da Relação de Lisboa de 15 de dezembro, consultável in, CJ, ano XXX, t. V, 2005, pp. 116-121.

¹⁴⁰ Sobre esta temática vide DIOGO LEMOS E CUNHA, *in “A destituição de administradores de sociedades anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de destituição”*, in Revista da Ordem dos Advogados, ano 74, vol. II, 2014, pp. 575-623.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

destituição, designadamente, a violação grave dos deveres do gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções”. Por sua vez, relativamente às sociedades anónimas em tal noção, a expressão “*incapacidade*” é substituída por “*inaptidão*” – cfr. art. 403., n.º 4 e 430.º, n.º 2, ambos do CSC.

Ora, como doutamente ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO refere “*a justa causa é, antes de mais, violação grave – com dolo ou negligência grosseira – dos deveres do administrador (...)*” relacionada com “*a incompetência profissional grave, a qual implica, sempre, um nível normativo e, daí: a violação, necessariamente grave, dos deveres de estudo e de actualização exigíveis*”¹⁴¹. Resulta, portanto, para este autor que um administrador só pode ser considerado profissionalmente incompetente quando outro administrador, na mesma situação, possa e deva fazer melhor.

Entende este conceituado doutrinador que a noção mais laboralista/protecionista da norma merece acolhimento, desde logo porque “*a total desproteção dos administradores iria repercutir-se no seu profissionalismo, com danos na própria sociedade*”^{142 143}.

¹⁴¹ Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in “*Manual de Direito das Sociedades I*”, p. 896.

¹⁴² Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in “*Manual de Direito das Sociedades I*”, p. 897.

¹⁴³ Este também tem sido o entendimento da nossa jurisprudência, sendo exemplo disso mesmo e sem esgotar as referências atenta a sua abundância o Acórdão do STJ de 20 de janeiro de 1983, consultável in BMJ 323, ano 1983, pp. 405-413 e o Acórdão do STJ 26 de novembro de 1987, consultável in BMJ 371, ano 1987, pp 490-495. Sobre esta matéria, veja-se, ainda, o Acórdão do STJ de 9 de julho de 1998, consultável in BMJ 479, ano 1998, pp. 634-645, do qual resulta que “*constitui justa causa de destituição, nomeadamente a violação grave dos deveres de gerente e a sua incapacidade para o exercício normal das respectivas funções*”; ou o Acórdão do STJ de 20 de janeiro de 1999, consultável in CJ/Supremo VII, ano 1999 1, 37-41, do qual resulta que *a justa causa de destituição do gerente é a violação grave do seu dever e a sua incapacidade para o exercício normal das funções; trata-se de um conceito indeterminado, mas que consiste no facto ou situação na qual, segundo a boa fé, não seja exigível à sociedade a continuação da relação contratual*. Ou ainda o Acórdão do STJ do 10 de fevereiro de 2002, consultável in BMJ 494, ano 2000, pp 353-358, do qual resulta que “*a justa causa de destituição consubstancia uma “quebra de confiança, por razões justificadas, entre a sociedade (...) e o gerente.*”; ou, por último, o Acórdão do STJ de 11 de julho de 2006, consultável in CJ/Supremo XIII, ano de 2006, 2, pp. 141-144, do qual resulta que a “*justa causa provém da verificação de um comportamento culposos do administrador que, pela sua gravidade e consequências, torne inexigível à sociedade manter a relação de indemnização.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Temos, portanto, que também, nesta sede, quer a doutrina comercialista quer a jurisprudência nacionais, se mostram bastante cautelosas com o conceito de justa causa de destituição dos membros do órgão de gestão, sendo que não bastará uma mera incapacidade ou inadaptação daqueles membros.

Para efeitos de destituição dos membros do órgão de gestão será necessário, portanto, que se apure facticidade que consubstancie uma violação grave – com dolo ou negligência grosseira – dos deveres do órgão de gestão.

Dito isto e atento o supra exposto sobre o dever específico de gestão e a regra da insindicabilidade daquele dever, parece-nos que se apresenta de dificuldade acrescida consubstanciar a destituição com justa causa com base nas decisões de gestão que se mostrem menos vantajosas para a sociedade. Consequentemente, a opção por um determinado ato, negócio ou operação que leve a resultados menos satisfatórios, comparativamente com outro ato, negócio ou operação similar, dificilmente poderá consubstanciar justa causa de destituição.

Nessa medida, fazendo a ponte com a temática levada a estudo, sempre se dirá que a opção por um determinado ato, negócio ou operação que cause um “custo” fiscal acrescido ao que seria expectável, terá que se mostrar como sendo um incumprimento culposos ou, no mínimo, grosseiramente negligente para que leve à justa causa de destituição dos membros do órgão de gestão.

Deste modo, tal como dificilmente se imaginará a efetiva responsabilização civil do órgão de gestão motivada pela má decisão fiscal – a decisão que acarrete mais custos fiscais do que os que eventualmente seriam expectáveis caso o órgão de gestão tivesse optado por outro comportamento que consubstanciaria um menor encargo tributário –, atenta a prerrogativa da *business judgement rule*. Também, nesta sede, dificilmente se conseguirá justificar a destituição desse órgão com justa causa, consubstanciada numa decisão fiscal que represente um custo acrescido, ou que se mostre menos vantajosa do que uma outra, desde logo, porque sempre faltará o requisito do dolo, ou até, da negligência grosseira.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Com efeito, com a panóplia de opções fiscais que o nosso ordenamento jurídico apresenta para tratamento de situações similares – e, em certa medida a insegurança que tal acarreta, mais que não fosse pela “*subjetividade da mobilidade*” da linha transfronteiriça entre o legítimo e o ilegítimo – sempre se conseguirá descortinar argumentação mais ou menos cautelosa que justifique a decisão do órgão de gestão, esgueirando-se, desta feita, à negligência grosseira e ao dolo.

Na verdade, as decisões tomadas pelo órgão de gestão, no âmbito da sua “*administração fiscal*”, estarão sempre condicionadas ao perfil das pessoas singulares que desempenham tais funções, que poderão ser mais ou menos afoitas no que ao “planeamento fiscal” diz respeito. Por ventura, apenas se assistirá ao reconhecimento da justa causa, nos casos em que seja patente a ilegitimidade da opção tributária, mas dificilmente tal acontecerá nas situações em que se tenha tomado a opção que gere maior tributação, ao invés de se optar por uma outra que – igualmente legítima – consubstancie uma poupança fiscal¹⁴⁴.

Chegados aqui, poderemos concluir que no âmbito do Direito Societário, ainda que se reconheça o “*dever de gestão*”, tal como vimos, o mérito desse dever será, por regra e em princípio, insindicável, seja no que respeita ao dever de indemnizar por parte dos membros do órgão de gestão, seja até no que respeita à destituição com justa causa destes últimos¹⁴⁵.

¹⁴⁴ Da pesquisa jurisprudencial que se realizou, desconhecem-se decisões dos tribunais nacionais que tenham efetivamente concluído pela aplicação da justa causa da exoneração consubstanciada na má decisão fiscal tomada pelo órgão de gestão. Apesar do cuidado e critério utilizados na pesquisa, como é evidente, admitimos que tais decisões existam, mas que não lográmos encontrar.

¹⁴⁵ Já o direito da insolvência não se mostra tão “*amigável*” quanto ao órgão de gestão, se não vejamos: nos termos do disposto no artigo 189.º, n.º 2 do CIRE, dispõe que, nos casos em que a insolvência seja considerada culposa, serão desencadeados os seguintes efeitos:

- a) *Inibição das pessoas afectadas pela qualificação para a administrarem patrimónios de terceiros por um período de 2 a 10 anos;*
- b) *Inibição das mesmas pessoas para o exercício do comércio durante um período de 2 a 10 anos, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa;*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

-
- c) *Perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos no pagamento desses créditos;*
 - d) *Condenação na indemnização aos credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre os afectados.*

Ora, como certamente se perceberá, tais consequências poderão ser desastrosas para a esfera jurídica dos membros dos órgãos de gestão, que se poderão ver na contingência de ter que suportar inclusivamente, por via de indemnização o resultado das suas ações ou omissões no âmbito do dever de gestão. Desta feita e atenta a extrema relevância da fiscalidade no mundo societário/empresarial, conseguir-se-á imaginar, com alguma facilidade, a possibilidade de um determinado ente societário ficar insolvente por via de decisões fiscais menos aceitáveis, pelo que nessa medida, poder-se-ia referir que existiriam consequências para a esfera jurídica daqueles membros, por via da sindicabilidade do denominado *sub-dever de gestão fiscal*. Ainda assim, sempre se alertará para o facto de tais consequências serem bem mais prováveis no âmbito da ilicitude fiscal (evasão fiscal e fraude fiscal) do que no âmbito da mera decisão menos bondosa no que à poupança fiscal diz respeito. Em qualquer caso, sempre se reconhecerá que estaremos perante situações extremas para que possam levar à insolvência uma determinada entidade societária, apenas e tão só, por via de uma má opção fiscal. Na verdade, é consabido que as insolvências são, na grande maioria dos casos, um culminar de diversas contingências de variada índole – internas e externas – que põem em causa a continuidade das sociedades comerciais, pelo que dificilmente se poderia afirmar que tais consequências, por via do processo de insolvência, se deveriam exclusivamente à violação daquele designado “*sub-dever de gestão*”.

Nesse sentido, segue a jurisprudência nacional ao colocar também o acento tónico na “importância económica da atuação lesiva do administrador/gerente”, sendo exemplo disso mesmo o Acórdão do Tribunal da Relação de Guimarães proferido no âmbito do processo n.º 1046/16.2T8GMR-B.G1, datado de 01-06-2017, resultando do seu sumário que:

“I. Para efeito de qualificação da insolvência como culposa, o art. 186.º, n.º 2 do CIRE procede ao elenco (taxativo) de situações que a lei considera como factos-índice ou presunções «juris et de jure», quer da existência de culpa grave por parte do administrador ou gerente da insolvente (pessoa colectiva), quer do nexo de causalidade desse comportamento para a criação ou agravamento da situação de insolvência.

II. Sendo assim, demonstrado algum dos factos-índice, impõe-se a qualificação como culposa da insolvência, para todos os efeitos legais e, em particular, para efeitos de afectação do respectivo administrador ou gerente.

III. No âmbito da alínea d) do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, ter-se-ão de apurar factos de onde decorra que os Administradores, de direito ou de facto, da devedora/Insolvente realizaram: 1) actos de disposição; 2) de bens do devedor; 3) em proveito pessoal (do Administrador) ou de terceiros;

IV. Embora a citada alínea d) do n.º 2 do art. 186.º não faça menção à importância económica dos bens de que o administrador dispôs em proveito pessoal ou de terceiros, se não estiver demonstrado o seu valor ou que os bens tinham algum relevo económico, a insolvência não deve, com fundamento nessa norma, ser qualificada como culposa.”

Isto sem prejuízo de se entender que a responsabilização do órgão de gestão pela insolvência pressupõe a violação por parte dos membros daquele último órgão dos deveres explanados no artigo 64.º do CSC. Nesse sentido segue, por exemplo o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto proferido no âmbito do processo n.º 523/15.7T8AMT-A.P1, datado de 23-04-2018, cujo sumário dispõe que:

“I - A possibilidade de junção de documento prevista na 2ª parte, do n.º 1 do artigo 651º do Código de Processo Civil não abrange o caso de a parte se afirmar surpreendida com o desfecho da causa e visar, com esse fundamento, juntar à alegação documento que já poderia e deveria ter oferecido na 1ª instância.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Nessa medida, a opção por um determinado ato, negócio ou operação que não tenha em vista a melhor solução ao nível da poupança fiscal, mas que ainda assim se mostre legítima, será, para efeitos do direito societário, por regra e em princípio, insindicável, pelo que, conseqüentemente, sem conseqüências na esfera jurídico-privada dos membros do órgão de gestão, no que respeita ao incumprimento do reconhecido “*sub-dever de gestão fiscal*”¹⁴⁶.

Cumprirá agora dar conta desta problemática no âmbito do Direito Fiscal numa espécie de “cruzada” pela descoberta do dever de poupança fiscal, confiando que se concluirá ou pela sua efetiva concretização, ou pela sua mistificação junto da comunidade empresarial; ou, não se logrando obter tal desiderato, pelo menos,

II - O incidente de qualificação constitui uma fase do processo de insolvência que se destina a averiguar quais as razões que conduziram à situação de insolvência e conseqüentemente se essas razões foram puramente fortuitas ou correspondem antes a uma atuação negligente ou mesmo com intuítos fraudulentos do devedor.

III - O preenchimento da fattispecie normativa da alínea g) do n.º 2 do artigo 186.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas pressupõe um comportamento do administrador que afronte os deveres de fidelidade/lealdade a que se encontra adstrito (por mor, v.g., do disposto nas alíneas a) e b) do artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais), por envolver, por via direta ou indireta, efeitos negativos para o património do insolvente, geradores ou agravantes da situação de insolvência, exigindo-se, no entanto, uma intenção específica na atuação daquele, concretamente a prossecução da atividade da sua administrada, já em situação de exploração deficitária, no seu próprio interesse ou de terceiro.

IV - A alínea a) do n.º 3 do mesmo artigo 186.º, para além de uma presunção relativa de culpa qualificada, consagra outrossim uma presunção, ainda que juris tantum, de causalidade, pelo que competirá ao sujeito que incumpriu o dever (legal) de apresentação à insolvência o ónus da prova de que a situação de insolvência ou o seu agravamento se ficou a dever a outros fatores, designadamente, as condições de mercado ou a conjuntura económica.”

Para maiores esclarecimentos sobre esta matéria, vide, por exemplo LUÍS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, in “Direito da Insolvência”, Almedina, 7.ª Edição, 2017, pp. 287 e ss.; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, in “Manual de Direito da Insolvência” Almedina, 6.ª Edição, 2014, pp. 134 e ss.; CATARINA SERRA, in “Lições de Direito da Insolvência”, Almedina, pp. 156 e ss., ou ainda, LUÍS A. CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, in “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”, Quid Juris, 2009.

¹⁴⁶ Para além das formas de sindicabilidade e conseqüências da atuação dos membros do órgão de gestão agora indicadas no texto e na nota de rodapé imediatamente anterior, ainda se dará conta de que a reputação profissional e o bom nome daqueles agentes económicos poderão ser postos em causa, contudo, apesar das repercussões em nada despreciantes que daí possa advir para a sua esfera pessoal, não nos cumprirá proceder à sua análise nesta sede, visto que na sua tais repercussões não caberão no âmbito do direito societário e/ou fiscal.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

contribuir para que outros possam aproveitar o percurso agora desbravado e alcançar o fim desejado, com a obtenção das respostas às questões agora colocadas.

VI. DA (IN)EXISTÊNCIA DE NEUTRALIDADE FISCAL E DA CONCRETIZAÇÃO TERMINOLÓGICA DO PLANEAMENTO /POUPANÇA FISCAL

Já no passado nos dedicamos à conceptualização do “*planeamento fiscal*” com vista à redução de custos e respetiva poupança da entidade societária, cumprindo, agora e neste âmbito, explorar um pouco mais aprofundadamente esta temática para que nos seja possível obter uma maior assimilação do conceito em causa.

Nessa altura, deparámo-nos com dificuldades acrescidas quanto a esta matéria, desde logo porque – como já tivemos oportunidade de o referir – estamos longe de se assistir a um consenso doutrinal, na concretização do referido conceito, ou até na escolha das expressões para significar esta realidade, ou realidades similares, por parte dos diversos autores.

Refira-se que, até mesmo o leitor menos atento constatará, com alguma facilidade, que os vários doutrinadores fiscalistas utilizam expressões diversificadas para significar a mesma realidade, ou realidades similares. Sendo comum ler-se, nos diversos textos doutriniais, expressões como “planeamento fiscal” abusivo, ilícito, ilegítimo, evasivo ou elisivo.

Aliás, já o saudoso SALDANHA SANCHES, alertava para o facto de ser usual encontrar-se divergências na preferência do circunlóquio a adotar pelos doutrinadores, referindo que “*em virtude da excessiva proximidade verbal entre as expressões “fraude à lei fiscal” e “fraude fiscal”, utilizaremos ainda, para designar a*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

primeira, as expressões “evitação abusiva de encargos fiscais”, “evitação fiscal abusiva”, “elisão fiscal”...”^{147 148}.

Apesar de ser usual o emprego das referidas expressões para, com maiores ou menores divergências conceptuais, significar a mesma realidade, será de se reconhecer um esforço de parte da doutrina fiscalista, nestes últimos anos, para se “separarem as águas” num exercício de se distinguirem conceitos próximos, mas não inteiramente similares. Nesse sentido, com o intuito de se evitarem confusões terminológicas – como se verá mais adiante – alguma doutrina evita a expressão “planeamento fiscal” para significar as atuações, ou esquemas abusivos ou patológicos¹⁴⁹, deixando aquela expressão para os comportamentos lícitos por parte do sujeito passivo da relação tributária.

Sem prejuízo das dificuldades de nomenclatura agora identificadas, não poderemos deixar de dar, aqui, alguns contributos no que respeita à concretização terminológica desta figura jurídico-tributária, tanto mais que tal esforço é tudo menos despiciente, quando se pretende estudar o impacto do chamado “planeamento fiscal” com vista à poupança fiscal no âmbito da atuação do órgão de gestão societária. Seja no que respeita ao eventual dever de considerar o

¹⁴⁷ Vide J. L. SALDANHA SANCHES, in “Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional”, Coimbra Editora, 2006, p. 22.

¹⁴⁸ Vide, ainda J. L. SALDANHA SANCHES, in “Manual de Direito Fiscal”, 3.^a Edição, Coimbra Editora, p. 154 e ss., onde refere que “O acto elisivo (outro nome para o acto praticado em fraude à lei fiscal) não constitui uma violação de qualquer dever de cooperação, é, ainda assim, um acto lesivo dos valores que ordenam e conferem sentido ao ordenamento jurídico-tributário. (...) Não está – nem pode estar – em causa a liberdade de escolha do contribuinte na conformação dos seus negócios, i.e., não está em causa o exercício da sua autonomia privada: o que se limita é a possibilidade de a vontade do contribuinte ser relevante no que respeita ao grau da sua oneração fiscal. O fim que preside à introdução de regras sobre a fraude à lei fiscal no ordenamento jurídico tributário (em particular, na forma que lhe foi dada pelo § 42 da AO) é, sobretudo, o de encontrar uma solução que concilie a liberdade do contribuinte para escolher a conformação dos seus negócios jurídicos numa área extra-fiscal e as consequências fiscais desses mesmos negócios. Quer dizer, a procura de uma regra de concorrência para as relações existentes entre o Direito Fiscal – cujas consequências não podem depender da vontade do sujeito passivo – e o princípio da liberdade jurídica de conformação negocial – a autonomia privada, que constitui uma regra básica no Direito Civil e tem de ser respeitada pelo Direito Fiscal.”

¹⁴⁹ Mas voltaremos a este tema mais adiante, altura em que se identificarão os autores que manifestamente preferem uma separação terminológica para este efeito.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

planeamento para efeitos de poupança fiscal, no exercício das suas funções, seja, ainda, nas consequências que possam advir da ação, ou omissão, daquele órgão, no que respeita a esta temática, desde que se demonstre lesiva do fim lucrativo da sociedade, ao se optar por soluções fiscalmente menos vantajosas, para esta última e, consequentemente, para os seus sócios.

Com efeito, para efeitos da matéria levada a estudo, pretendemos colocar-nos do lado da licitude fiscal e aí, dentro das várias opções fiscais que se coloquem ao seu aplicador – sujeito passivo ou contribuinte –, aferir se aquele tem o dever/obrigação de optar pela que se mostre fiscalmente mais vantajosa para o ente societário, no caso concreto que esteja em análise. Desta feita e como é evidente teremos que aferir qual o campo de atuação de que dispõe o membro do órgão de gestão, sem, claro está, ultrapassar a linha divisória entre a licitude e a ilicitude da opção de escolha fiscal, para, aí se concluir se ficou aquém da melhor solução jurídico-tributária, ou se, ao invés, maximizou a sua opção tributária. Tendo ficado aquém da maximização da poupança fiscal (lícita) possível na realização daquele ato, negócio e/ou operação, quais as consequências que daí advêm para os membros do órgão de gestão em causa. Efetivamente, ter-se-á que ter em conta que esta eventual exigência pela constante caminhada digna de *“trapezismo de circo”* entre a legalidade e a ilegalidade – a ser reconhecida – acarretará elevadíssimos riscos para os membros daquele órgão de gestão ao nível da sua relação tributária, com a Administração Tributária, cumprindo, portanto, proceder agora à sua análise.

A) DA (IN)EXISTÊNCIA DE NEUTRALIDADE FISCAL

Sem se pretender ser extenso quanto ao tema agora em análise sempre se dirá que se é certo que, numa vertente idealista e quiçá de cariz utópico, se poderá considerar que *“ao prosseguir os fins tributários dirigidos à obtenção de receitas fiscais, o Estado deve recorrer a leis não influenciadoras das escolhas dos agentes*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*económicos, de forma a não quebrar abruptamente o normal funcionamento do mercado, a tal ponto, que uma empresa não deve ser impedida de seguir determinada escolha económica apenas pela desvantagem tributária que tal escolha acarretaria*¹⁵⁰. Também é certo que o panorama do ordenamento jurídico-tributário nacional – e, aliás, internacional – está longe de se mostrar como um ordenamento neutral.

Nem nos parecendo que seja esse o caminho que se irá trilhar num futuro próximo, atenta a necessidade dos Estados utilizarem a fiscalidade como ferramenta de condução dos comportamentos dos agentes económicos. Com efeito, os Estados modernos utilizam e continuarão a utilizar a fiscalidade como instrumento direcionador da atuação dos seus cidadãos e agentes económicos, condicionado a atuação daqueles, ao tributar de forma mais ou menos penosa determinados comportamentos dos agentes económicos^{151 152}. Nessa medida, serão vários os exemplos de casos em que o agente económico adaptou a sua atividade, arredou ou

¹⁵⁰ Vide PEDRO MARIA DE CASTRO REBELO DE ANDRADE, in *“O Actual Paradigma da Interpretação da Cláusula Anti-Abuso do Regime da Neutralidade Fiscal”* tese de mestrado, Universidade Católica Portuguesa – Lisboa, Católica Tax, 2014.

¹⁵¹ Essa realidade já foi, aliás, sobejamente reconhecida pela doutrina. Veja-se, a título de exemplo as palavras de SOARES MARTÍNEZ, in *“Direito Fiscal”*, p. 30, ao referir que *“O fim de realização de uma receita pública poderá ser objeto de discussão. Especialmente tendo em vista os impostos extra-fiscais. Desde os aduaneiros, que sempre tiveram fins de protecção económica, até aos impostos orientados no sentido de uma redistribuição de rendimentos. Mas esses fins extra-fiscais, embora sempre tenham dominado alguns impostos, não são a essência do respectivo conceito.”*

¹⁵² Vide JOÃO RICARDO CATARINO, in *“Lições de Fiscalidade Vol I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna”* JOÃO RICARDO CATARINO e VASCO BRANCO GUIMARÃES (coord.), Almedina, 4.ª Edição, 2015, pp. 60 e ss., ao referir que *“Historicamente, os sistemas fiscais e o imposto tinham uma função marcadamente reditícia: serviam para fornecer ao Poder político os meios financeiros necessários para a governação. Hoje, esses sistemas são utilizados para uma multiplicidade de fins extraordinariamente alargada. Diz-se pois que política fiscal é muito mais ampla. Consequentemente, os fins dos sistemas fiscais alargaram-se”,* justificando tal alargamento no facto de *“o alargamento dos fins próprios da política fiscal. Esta serve hoje para, pressupostamente, alcançar fins gerais de interesse coletivo. Entre eles está a promoção da (...) “justiça social”, assegurar a igualdade de oportunidades, realizar ajustes nas desigualdades na distribuição do rendimento e da riqueza (artigo 81º al. b) da CRP)”*.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

desviou caminho na sua escolha económica por via da desvantagem tributária que tal escolha acarretaria¹⁵³.

É, aliás, doutrinalmente pacífico que o ordenamento jurídico-tributário nacional apresenta-se globalmente como um ordenamento caracterizado pela inexistência de neutralidade fiscal¹⁵⁴, sendo diversas as vozes que constatarem tal realidade^{155 156}.

Tal inexistência de neutralidade fiscal deve-se a inúmeros fatores dos quais e sem se pretender ser exaustivo será de se realçar as opções políticas dos próprios Estados, ao condicionarem os comportamentos dos agentes económicos com base em decisões extrafiscais¹⁵⁷, a necessidade de uma espécie de competitividade

¹⁵³ São vários e diversificados os exemplos de decisões tributárias motivadas por razões extrafiscais, tais como a pesada carga fiscal sobre as bebidas alcoólicas e o tabaco, bem como a recente e comumente conhecida tributação do saco plástico. Este último exemplo de extremo sucesso no que respeita ao uso reciclado do saco de plástico por parte do consumidor final.

¹⁵⁴ Já para não falar da fiscalidade internacional que levanta muitas outras questões relacionadas com distintas taxas aplicáveis, isenções, benefícios fiscais, etc... onde o contribuinte dispõe de uma panóplia de inúmeras soluções e ponderáveis que lhe permitem optar pelo regime fiscal que se mostre mais vantajoso para a sua atividade.

¹⁵⁵ Vide, entre muitos outros, ANA PAULA DOURADO, *in op. cit.*, p. 262.

¹⁵⁶ Sobre esta temática vide também os ensinamentos de GLÓRIA TEIXEIRA, *in* “Manual de Direito Fiscal” Almedina, 4.^a Edição, 2016, pp. 47 e ss. ao referir que “Presentemente, o principal objetivo prosseguido pelos sistemas fiscais é ‘ser neutral’: eliminação de impostos que penalizem mais uma pessoa em relação a outra. Procura-se a igualdade de oportunidade em detrimento da igualdade de resultado. O imposto ideal será aquele que retira do contribuinte em proporção da sua riqueza ou despesa, de modo a que altere ao mínimo o seu padrão de comportamento. Nos sistemas fiscais atuais neutralidade é preferível à equidade. As exigências feitas por um princípio podem resumir-se do seguinte modo: redução das taxas marginais do imposto e adoção de bases tributáveis gerais com um reduzido apelo a isenções ou benefícios fiscais. (...) de um modo geral, estas exigências não se encontram observadas no sistema legal português. De facto, o rendimento do contribuinte Português ainda se encontra sujeito a elevadas taxas marginais de imposto e a existência de inúmeras isenções ou benefícios fiscais (vide figura do Estatuto dos Benefícios Fiscais) em nada contribuem para a neutralidade do sistema.”

¹⁵⁷ Para maiores desenvolvimentos sugerimos JOSÉ CASALTA NABAIS, *in* “O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”, Almedina, 4.^a Reimpressão, pp. 629 e ss, onde pode ler-se que “A extrafiscalidade traduz-se no conjunto de normas que, embora formalmente integrem o direito fiscal, tem por finalidade principal ou dominante a consecução de determinados resultados económicos ou sociais através da utilização do instrumento fiscal e não a obtenção de receitas para fazer face às despesas públicas. Trata-se assim de normas (fiscais) que, ao preverem uma tributação, isto é, uma ablação ou amputação pecuniária (impostos), ou uma não tributação ou uma tributação menor à requerida pelo critério da capacidade

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

internacional entre os Estados para angariação de mais agentes económicos para as suas fronteiras internas¹⁵⁸, a própria complexidade do sistema fiscal¹⁵⁹, as contingências macroeconómicas e subsequente angariação de mais ou menos receitas fiscais¹⁶⁰, feita a prazos anuais mediante as necessidades orçamentais¹⁶¹ e, porventura, a falta de cuidado do legislador na elaboração de determinados diplomas jurídico-tributários.

Aliás, serão diversificados os exemplos de tratamento fiscal – propositadamente¹⁶² – diferenciado ao dispor do agente económico. De resto e, novamente, sem pretender ser exaustivo, veja-se, o tratamento diferenciado entre a tributação de uma atividade sujeita ao regime de empresário em nome individual e

contributiva, isto é, uma renúncia total ou parcial a essa ablação ou amputação (benefícios fiscais), estão dominadas pelo intuito de actuar directamente sobre os comportamentos económicos e sociais dos seus destinatários, desincentivando-os, neutralizando-os no seus efeitos económicos e sociais ou fomentando-os, ou seja, de normas que contêm medidas de política económica e social.”

¹⁵⁸ Veja-se o exemplo do regime jurídico-tributário aplicável aos residentes não habituais, implementado pelo Estado Português e as recentes notícias relativas ao descontentamento manifestado pelo governo de Helsínquia, com pressões para que seja aprovado novo acordo para evitar a dupla tributação para evitar que os cidadãos finlandeses que vivem em Portugal não paguem IRS no seu país – vide a título meramente ilustrativo a notícia do jornal “Público online” datada de 13 de abril de 2018, consultável in <https://www.publico.pt/2018/04/13/economia/noticia/finlandia-ameaca-romper-acordo-fiscal-com-portugal-1810219>, ou até o caso do ator Gérard Depardieu, que optou por pedir a nacionalidade russa, com motivações exclusiva, ou maioritariamente fiscais.

¹⁵⁹ Vide, por exemplo, JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in “Manual de Direito Fiscal – Perspetiva Multinível”, Almedina, 2016, p. 454 e ss.

¹⁶⁰ Veja-se o exemplo do anúncio de um “*enorme aumento de impostos*” protagonizado pelo então Ministro das Finanças, Professor Dr. Vítor Gaspar comunicado ao País em outubro de 2012 – vide a título meramente indicativo a notícia do Diário de Notícias datada de 12 de outubro de 2012, consultável in <https://www.dn.pt/economia/interior/gaspar-anunciou-enorme-aumento-de-impostos-2807425.html>

¹⁶¹ Já para não falar dos diversos orçamentos rectificativos que têm vindo a ser aprovados ao longo dos tempos, com sucessivas alterações às leis fiscais nacionais – vide, como sintomática do agora referido, a elucidativa notícia do jornal “Público online”, datada de 26 de Agosto de 2014, da qual resulta que “*Com oito rectificativos, o Governo da coligação PSD/CDS-PP foi aquele que mais vezes apresentou alterações à lei do orçamento desde 1977*”, consultável in <https://www.publico.pt/2014/08/26/economia/noticia/governo-de-passos-bate-recorde-nas-alteracoes-de-orcamento-1667701>.

¹⁶² Pelo que aqui não se discutirá a bondade da escolha do agente económico ao optar por determinado comportamento, como veremos adiante.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

a tributação ao nível societário, do qual, aliás, já fizemos referência supra¹⁶³; o regime da transparência fiscal explanado para um determinado tipo de sociedades e as suas consequências ao nível da taxação efetiva dessas mesmas entidades; o tratamento diferenciado entre a aquisição de uma sociedade por via de cessão de quotas, ou compra de ações, e o tratamento fiscal dado à aquisição de ativos; veja-se, ainda, a diferenciação de tratamento entre a aquisição de uma sociedade anónima e a aquisição de uma sociedade por quotas¹⁶⁴; ou até, a opção pela reestruturação ou reorganização societárias e seus impactos, da qual já demos conta no passado; ou, ainda o regime dos benefícios fiscais, que beneficiam determinados comportamentos dos agentes económicos em detrimento de outros¹⁶⁵, bem como o regime de tributação dos grupos de sociedades. Enfim, os exemplos são inúmeros, proporcionando, igualmente, incontáveis opções jurídico-tributárias aos agentes económicos.

Consequentemente, a reconhecida inexistência de neutralidade fiscal do nosso ordenamento jurídico proporciona ao agente económico – munido de

¹⁶³ Sobre este ponto em concreto, veja-se ainda, AMÉRICO FERNANDO BRÁS CARLOS, in *"Impostos Teoria Geral"*, Almedina, 5.^a Edição Actualizada, Almedina, p. 165, ao referir que *"Aspecto diferente, a merecer reflexão, é o da falta de neutralidade fiscal entre a tributação dos lucros das empresas em nome individual e a que recai sobre os lucros das empresas constituídas sob a forma de pessoa colectiva. Desde sempre a limitação dos custos dedutíveis em IRS tem intervindo a favor da opção do exercício da atividade através de pessoas colectivas. Recentemente, a neutralidade fiscal piorou devido à progressiva diminuição da taxa de IRC (agora 21% para o regime geral e 17% para as PME) sem que as taxas do IRS acompanhassem tal evolução. Acentuando este afastamento, em 2013 foi aumentada a taxa marginal máxima do IRS, de 46,5% para 48%, aplicável aos rendimentos colectáveis superiores a €80.000,00, a que acresceram a taxa adicional de solidariedade e a sobretaxa em sede de IRS."*

¹⁶⁴ Este último exemplo teve mais impacto no passado com a isenção de tributação das mais-valias geradas pela alienação de ações e a tributação das mais-valias no caso de alienação de quotas. Contudo, as diferenças de tratamento, ainda hoje são visíveis ao nível da tributação dos bens imóveis com a inexistência de tributação dos mesmos, sempre que detidos pelas sociedades anónimas alienadas.

¹⁶⁵ Optamos aqui por fazer uma mera enumeração exemplificativa e não explicativa, por duas ordens de razão: desde logo, porque a explicação de cada um destes regimes levar-nos-ia a considerações demasiadamente alongadas e que de alguma forma extravasam o âmbito do objeto do trabalho; por outro lado, porque pretendemos apenas fazer-nos valer da ideia de que o sistema jurídico-tributário está longe de se apresentar neutral. Remetendo-se, por ventura, para um futuro escrito um exercício mais exaustivo de exemplificação desta realidade.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

racionalidade económica¹⁶⁶ – a possibilidade de escolha¹⁶⁷. O ordenamento jurídico-tributário apresenta-se, assim, como uma enorme e diversificada “montra” de opções fiscais ao dispor do agente económico para que este possa, dentro do legalmente admissível, optar pelo regime que melhor lhe convier, com vista à gestão da sua atividade económica e assim obter a desejada poupança fiscal.

Nessa senda, esta “panóplia” de opções legislativo-fiscais possibilitam e – avançando – inclusivamente incentivam o agente económico à escolha do tratamento fiscal que se mostre menos oneroso para si no caso concreto, seja por via da isenção ou redução de taxaçaõ, seja por via da diminuição dos encargos declarativos e obrigações acessórias de determinados atos, negócios ou operações.

Desta feita e atento o supra exposta, resulta agora necessário proceder à concretização da possibilidade de escolha facultada pelo sistema jurídico-tributário por via da inexistência de neutralidade fiscal daquele mesmo ordenamento jurídico. Isto é: aferir-se da definição de “*planeamento fiscal*” com vista, naturalmente, à poupança fiscal dos agentes económicos e, em especial, dos entes societários e/ou empresariais.

¹⁶⁶ Seguindo de perto JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *in op. cit.*, p. 449 e ss., ao referirem que “Mesmo tomando em consideração as críticas que têm vindo nos últimos tempos a ser feitas a esta conceção do homem – homo oeconomicus – com base nos desenvolvimentos recentes em áreas como a psicologia cognitiva ou as neurociências e que estão na origem de uma nova corrente de análise económica do Direito (*behavioral law and economics*), a verdade é que o ser humano, nas decisões que toma, procura maximizar o seu prazer (ou, em linguagem económica, a sua utilidade) e minimizar os seus custos”.

¹⁶⁷ Em sentido inverso ao raciocínio por nós explanado segue JOSÉ CASALTA NABAIS, *in “Direito Fiscal”*, Almedina, 7.ª Edição, 2014, pp. 162 e 163; e 178 e 179, ao optar por considerar que a escolha das soluções menos onerosas, no âmbito da liberdade de gestão fiscal, consubstancia uma neutralidade fiscal, com expressão no artigo 81.º, al. f) da CRP.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

B) DO TRATAMENTO LEGISLATIVO DA FIGURA DO PLANEAMENTO FISCAL

Encontramos no nosso ordenamento jurídico-tributário uma definição de “*planeamento fiscal*”, explanada no Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro¹⁶⁸, onde se preceitua que o “*planeamento fiscal – para efeitos das obrigações de comunicação – [será] qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal.*”¹⁶⁹

¹⁶⁸ Diploma que se encontra circunscrito na sua aplicação aos deveres de comunicação, informação e esclarecimento à Administração Tributária para prevenir e combater o aí intitulado “*planeamento fiscal abusivo*”, seguindo a nomenclatura utilizada pelo legislador no artigo 1.º daquele diploma, a qual, de resto, não acompanhamos como se constará adiante.

¹⁶⁹ Cf. artigo 3.º daquele diploma legal, sendo que dessa norma resulta que: “*Para efeitos do disposto no presente decreto-lei, considera-se:*

a) «*Planeamento fiscal*», *qualquer esquema ou actuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal por sujeito passivo de imposto;*
b) «*Esquema*», *qualquer plano, projecto, proposta, conselho, instrução ou recomendação, exteriorizada expressa ou tacitamente, objecto ou não de concretização em acordo ou transacção;*
c) «*Actuação*», *qualquer contrato, negócio ou conjunto de negócios, promessa, compromisso, estrutura colectiva ou societária, com natureza vinculativa ou não, unilateral ou plurilateral bem como qualquer operação ou acto jurídico ou material, simples ou complexo, realizado, a realizar ou em curso de realização;*

d) «*Vantagem fiscal*», *a redução, eliminação ou diferimento temporal de imposto ou a obtenção de benefício fiscal, que não se alcançaria, no todo ou em parte, sem a utilização do esquema ou a actuação.*”
Também com relevância para esta temática, dispõe o artigo 4.º daquele diploma legal que: “*1 - Estão sujeitos ao disposto no presente decreto-lei os esquemas ou actuações de planeamento fiscal, tal como definidos no artigo anterior, que se reconduzam a uma das situações seguintes:*

a) *Impliquem a participação de entidade sujeita a um regime fiscal privilegiado, considerando-se como tal a entidade cujo território de residência conste da lista aprovada por portaria do Ministro das Finanças ou quando aí não for tributada em imposto sobre o rendimento idêntico ou análogo ao IRS ou ao IRC ou ainda quando o imposto efectivamente pago seja igual ou inferior a 60 % do imposto que seria devido se a referida entidade fosse considerada residente em território português;*

b) *Impliquem a participação de entidade total ou parcialmente isenta;*

c) *Envolvam operações financeiras ou sobre seguros que sejam susceptíveis de determinar a requalificação do rendimento ou a alteração do beneficiário, designadamente locação financeira, instrumentos financeiros híbridos, derivados ou contratos sobre instrumentos financeiros;*

d) *Impliquem a utilização de prejuízos fiscais.*

2 - Independentemente da correspondência com uma das situações referidas no número anterior, estão sempre sujeitos ao disposto no presente decreto-lei os esquemas de planeamento fiscal, tal como definidos no artigo anterior, que sejam propostos com cláusula de exclusão ou de limitação da responsabilidade em benefício do respectivo promotor.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Diga-se, desde já, que não nos parece que esta técnica legislativa de se positivar o conceito de “*planeamento fiscal*” seja a mais adequada, sendo, inclusivamente, um estilo legislativo pouco usual no nosso ordenamento jurídico, que, de alguma forma, extravasa as funções da norma. É nossa opinião, aliás, que caberá à doutrina, por regra, a concretização da concetualização adotada pelo legislador, por via da interpretação do normativo constante do nosso ordenamento jurídico.

No entanto, atenta a especificidade do referido diploma legislativo¹⁷⁰, percebemos a intenção do legislador ao se afastar do que tem sido a linha orientadora da doutrina e, assim, englobar uma universalidade de situações e esquemas que, tanto poderão ser considerados como legítimos ou como ilegítimos, obrigando, assim os contribuintes a revelarem¹⁷¹, por via de comunicação obrigatória, as práticas de “*planeamento fiscal*” realizadas¹⁷².

¹⁷⁰ Com efeito, este diploma tem em vista o reforço ao combate à evasão fiscal, bem como à própria fraude, destacando-se a consagração de obrigações de comunicação, informação e esclarecimento à administração fiscal sobre esquemas ou atuações de planeamento fiscal agressivo que são propostos, promovidos e comercializados por diversas entidades, genericamente apelidadas de intermediários fiscais. Consequentemente, estamos perante um diploma legal que regula a obrigatoriedade de comunicação dos esquemas de planeamento fiscal realizados pelas empresas e demais entidades aí indicadas.

¹⁷¹ De se referir que esta obrigação de comunicação abrange para além das instituições de crédito e demais instituições financeiras; os revisores oficiais de contas e respetivas sociedades de revisores oficiais de contas; os advogados, sociedades de advogados, solicitadores e sociedades de solicitadores; e os técnicos oficiais de contas e outras entidades que prestem serviços de contabilidade. O que – diga-se – poderá colocar diversos profissionais numa posição claro conflito de deveres entre o cumprimento destes deveres de comunicação e os deveres de sigilo profissional.

¹⁷² Já no passado entendemos que o legislador pretende, com este diploma legal, conceder à Administração Tributária um conhecimento privilegiado e com maior antecedência das práticas entretanto criadas pelos referidos contribuintes, sem que para tanto tenha que se deparar com elas no âmbito das suas atividades inspetivas. Veja-se que os promotores ficam obrigados a comunicar ao Diretor-Geral da Autoridade Tributária e Aduaneira os esquemas ou atuações de planeamento fiscal propostos a clientes ou outros interessados, nos termos do artigo 7.º, n.º 1 daquele diploma legal. A comunicação deve ter lugar nos 20 dias subsequentes ao termo do mês em que o esquema ou atuação de planeamento fiscal tenha sido proposto pela primeira vez e deve incluir os seguintes elementos: descrição pormenorizada do esquema ou da atuação de planeamento fiscal, incluindo designadamente a indicação e caracterização dos tipos negociais, das estruturas societárias e das operações ou transações propostas ou utilizadas, bem como da espécie e configuração da vantagem fiscal pretendida; indicação da base legal relativamente à qual se afere, se repercute ou respeita a

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Nessa medida, salvo melhor opinião, tal definição de “*planeamento fiscal*” apenas poderá ter o seu âmbito de aplicação circunscrito àquele diploma, pelo que, salvo melhor opinião, não poderá ser alvo de exercício extrapolativo para efeitos de concretização do referido conceito, com aplicação à generalidade do ordenamento jurídico, servindo, por ventura, como mera ferramenta interpretativa. Até porque do referido preceito legal resulta que o acento tónico da definição de “*planeamento fiscal*” corresponderá, primeiramente, a um critério objetivo – *qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal*.

Desta feita e segundo o referido preceito legal, o conceito de “*planeamento fiscal*” passará pela concretização de um esquema ou atuação que tenha em vista exclusivamente, ou de modo preponderante, a obtenção de uma mais-valia fiscal. O que – diga-se – levanta-nos bastantes reservas, atenta a amplitude aplicativa do conceito, na qual, em última instância, caberão todas as decisões tomadas pelo contribuinte que tenham essencialmente em vista a obtenção de vantagem fiscal¹⁷³.

Na verdade, o legislador ao apresentar uma definição focada na obtenção de uma vantagem fiscal, deixando para segundo plano os critérios subjetivos que, normalmente, conferem maior justiça na sua aplicabilidade, tenderá a contribuir, de forma involuntária, para uma incerteza na sua concretização prática e, conseqüentemente, para uma maior insegurança nesta matéria. Até porque, com aquela formulação, abarcará uma universalidade de situações demasiadamente abrangente e pouco criteriosa, na definição fronteiriça entre o planeamento legalmente admissível – “*planeamento fiscal*” em sentido próprio – e o considerado

vantagem fiscal pretendida; nome ou denominação, endereço e número de identificação fiscal do promotor, tudo nos termos do disposto no artigo 8.º, n.º 1 do referido diploma legal.

¹⁷³ Aliás, tal definição de planeamento fiscal, levada à letra, poderia consubstanciar situações de comunicação algo caricatas, como a opção pela tributação conjunta ou separada do casal; ou, até a escolha pelo exercício da atividade em nome singular ou no âmbito de uma sociedade comercial. Situações essas que estão pacificadas na doutrina e no ordenamento jurídico como sendo facilitadoras de planeamento fiscal legítimo e usualmente aplicado pelos contribuintes e sujeitos passivos.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

ilegítimo ou abusivo, sendo assim, salvo melhor opinião, incapaz de delimitar com precisão a figura do “*planeamento fiscal*”, com vista à poupança fiscal.

Por outro lado, ao colocar o acento tónico exclusivamente na “*obtenção de uma vantagem fiscal*”, sem quaisquer critérios complementares, abarca, é certo, atos, negócios ou esquemas plenamente aceites no ordenamento jurídico como decisões de “*gestão fiscal*” legítimas, usuais e devidamente pacificadas no nosso ordenamento jurídico-tributário. Também, ao não especificar critérios densificadores dos atos ou operações que pretende que sejam reportadas, capazes, por exemplo de especificar o grau de complexidade da operação ou a sua (in)usabilidade, põe em causa o próprio mérito daquele diploma e a sua aplicabilidade junto das entidades responsáveis pela elaboração e concretização de tais atos ou operações, desde logo pela necessidade de se reportar a tudo e mais alguma coisa. Com efeito, tal preceito legal parece abarcar quaisquer realidades de “*planeamento fiscal*”, ao não distinguir as atuações de gestão fiscal lícitas das ilícitas e, dentro daquelas primeiras, não conferir critérios densificadores de tal atuação. Aliás, da leitura desse preceito legal, não se consegue descortinar qualquer critério de distinção entre as duas realidades, ficando-se com a – errónea – sensação de que aquelas situações terão o mesmo significado e consequentemente seriam alvo do mesmo tratamento legislativo, pelo menos no âmbito daquele diploma legal. Por outro lado ainda, sempre se alertará para o facto de um contribuinte ou agente económico que tenha dúvidas sobre a legitimidade da operação que adotou, dificilmente se irá “*autoincriminar*” denunciando-se com o reporte da mesma operação.

Como se disse, terá sido a especificidade do diploma legal em apreço a causa da opção do legislador ao não acompanhar a linha orientadora da doutrina nesta matéria, apresentando uma definição demasiadamente abrangente, sem o cuidado de distinguir as diversas situações aqui englobáveis. Porquanto, tem sido entendimento dominante da doutrina que, dentro da ilicitude, ou seja, dentro das operações não permitidas pelo nosso ordenamento jurídico-tributário, existem atuações distintas com consequências e soluções jurídicas igualmente distintas.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Na verdade, sem tecer, neste momento, grandes considerações sobre terminologia mais ou menos consensual, poder-se-ão distinguir estas realidades por “*fraude à lei fiscal*” por um lado, e “*fraude fiscal*” por outro, sendo que aquela primeira será a que se mostrará mais próxima da fronteira entre o comportamento legítimo e a atuação ilegítima¹⁷⁴.

C) DO TRATAMENTO DOUTRINÁRIO DA FIGURA DO PLANEAMENTO FISCAL

Mas, olhando agora mais em pormenor ao doutrinado sobre a conceptualização do conceito de “*planeamento fiscal*”, sempre se dirá que, como bem faz notar MANUELA DURO TEIXEIRA, determinada doutrina entende que a definição ou a aproximação ao conceito de “*planeamento fiscal*” passa pela ênfase da “...*redução da carga fiscal através da renúncia a um certo comportamento pelo sujeito passivo ou pela opção por um determinado comportamento, entre vários possíveis, evitando as consequências fiscais negativas no primeiro caso e assegurando que as consequências fiscais são as mais vantajosas de entre as possíveis, no segundo caso. O planeamento legítimo seria aquele que está conforme à intenção do legislador ou em que é aproveitada uma sua omissão consciente. O planeamento ilegítimo traduzir-se-ia na redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário*”¹⁷⁵.

Para esta doutrina, portanto, será necessário fazer-se um exercício de interpretação da intencionalidade do legislador aquando da criação de um

¹⁷⁴ Acompanhando-se assim de perto entre outros SALDANHA SANCHES in “*Manual de Direito Fiscal*”, p. 154 e ss.

¹⁷⁵ Vide MANUELA DURO TEIXEIRA, in “*Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal – Algumas Notas, Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal*”, organizado por J.L. Saldanha Sanches, Francisco de Sousa da Câmara e João Taborda da Gama, Coimbra Editora, 2009, p. 238.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

determinado regime jurídico-tributário, para que se possa aferir da legitimidade (ou não) tributária de determinado ato, negócio, operação ou esquema gizado pelo sujeito passivo identificável no caso em concreto. Caso se conclua que o legislador pretendeu conceder, ao contribuinte, a opção de selecionar um determinado comportamento ou uma omissão que se mostre fiscalmente mais adequada à “*poupança fiscal*”, então estaremos perante opções de “*planeamento fiscal*” – legítimo. Em sentido antagónico, caso se conclua que o legislador não teve qualquer intenção de conceder a escolha ou nem sequer a anteviu, estaremos perante um comportamento elisivo e, como tal, ilegítimo, devendo portanto ser sancionado pelo ordenamento jurídico-tributário.

Ora, salvo o devido respeito pelos autores que protagonizam esta doutrina, não nos parece que tal posição esteja isenta de críticas, desde logo, porque levada aos extremos, poderá culminar em situações de difícil resolução, que estarão sempre umbilicalmente ligadas ao exercício de “*adivinhação*” da vontade do legislador, cuja aferição acontecerá, naturalmente, em momento posterior, aquando da sindicabilidade de tal comportamento por parte do sujeito passivo, ou contribuinte e carregada de subjetividade quanto à respetiva interpretação da hipotética vontade do legislador tributário.

Somos, aliás, da opinião que os limites entre o legítimo e o ilegítimo não poderão ser encontrados, pelo menos de forma exclusiva, com base num exercício de “*adivinhação*” da vontade do legislador, com o intuito de se descortinar a intenção deste último. Por outro lado, sempre se dirá que este exercício de interpretação da vontade do legislador estará sempre carregado de uma subjetividade protagonizada pelo seu intérprete e/ou julgador, que em nada contribuirá para a segurança jurídica, fundamental para a atividade societária (e não só), garantindo-se a tão desejada, reclamada e proclamada certeza, ou previsibilidade da atuação dos sujeitos passivos e contribuintes. Na verdade, exigir do contribuinte que desvende a intenção do legislador perante a omissão, ou diversificação legislativa, sem que se possa valer de quaisquer outros critérios, designadamente objetivos é,

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

efetivamente, salvo melhor opinião, impor-lhe um ónus demasiadamente pesado e que consubstanciará numa subjetividade interpretativa que, certamente, culminará num acréscimo da insegurança na aplicação da norma tributária.

De resto, tal opinião doutrinária, levada aos extremos, tenderá a afastar-se da positividade normativa, desde logo porque, para que se afira da ilegitimidade de um determinado comportamento do sujeito passivo, ou contribuinte, não será necessário que exista a mínima correspondência com a letra da lei, ou consagração legal, extravasando-se assim, e em muito, as regras interpretativas das normas fiscais, nomeadamente no que respeita à proibição da aplicação por via da analogia nas normas abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República^{176 177}.

Parece-nos pois que a delimitação fronteiriça entre o legítimo e o ilegítimo com base apenas no referido critério se consubstanciará numa espécie de “adivinhação” da intenção do legislador, a qual acarretará uma inflação da insegurança e incerteza que onera, em demasia, o contribuinte, ou sujeito passivo, dependendo, exclusivamente, da sua sensibilidade para efeitos de perceção da intenção do legislador e de igual perceção por parte do órgão da Administração Tributária e, em última instância, do julgador, confiando, desta forma, que aqueles

¹⁷⁶ Cf. artigo 11.º, da LGT, do qual resulta que:

“1 - Na determinação do sentido das normas fiscais e na qualificação dos factos a que as mesmas se aplicam são observadas as regras e princípios gerais de interpretação e aplicação das leis.

2 - Sempre que, nas normas fiscais, se empreguem termos próprios de outros ramos de direito, devem os mesmos ser interpretados no mesmo sentido daquele que aí têm, salvo se outro decorrer directamente da lei.

3 - Persistindo a dúvida sobre o sentido das normas de incidência a aplicar, deve atender-se à substância económica dos factos tributários.

4 - As lacunas resultantes de normas tributárias abrangidas na reserva de lei da Assembleia da República não são susceptíveis de integração analógica.”

¹⁷⁷ Veja-se, ainda, o disposto no artigo 103.º da CRP, epígrafado como “Sistema Fiscal” do qual resulta que:

“1. O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas e uma repartição justa dos rendimentos e da riqueza.

2. Os impostos são criados por lei, que determina a incidência, a taxa, os benefícios fiscais e as garantias dos contribuintes.

3. Ninguém pode ser obrigado a pagar impostos que não hajam sido criados nos termos da Constituição, que tenham natureza retroactiva ou cuja liquidação e cobrança se não façam nos termos da lei.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

validem a sua opção tributária consubstanciada na sua interpretação subjetivada da intencionalidade legislativa.

Com efeito, SALDANHA SANCHES, parece seguir num trilho próximo ao agora criticado, visto que, alertando para a dificuldade na concretização deste critério fronteiriço entre o “*planeamento fiscal*” legítimo e o “*planeamento fiscal*” ilegítimo, entende que “*o planeamento fiscal consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais*”¹⁷⁸. Consequentemente, entende o saudoso Professor que o “*planeamento fiscal*” ilegítimo consiste no comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo, subdividindo o aludido conceito de “*planeamento fiscal*” ilegítimo em fraude fiscal e fraude à lei fiscal. A fraude fiscal corresponderá, assim, ao comportamento que viola um qualquer dever de cooperação do sujeito passivo, ao qual estará associada, em princípio, uma estatuição de cariz penal ou contraordenacional. Por outro lado, fraude à lei fiscal corresponderá aos comportamentos que consistem em contornar a lei fiscal sem expressamente a infringir, porquanto, não violam quaisquer deveres de cooperação, mas, ainda assim, não são desejados pelo legislador, por visarem manifestamente ladear o ordenamento jurídico-tributário com objetivos opostos aos valores que o estruturam. Ou seja, no comportamento de fraude à lei em matéria fiscal, estamos perante uma situação de inconformidade entre o resultado concreto da aplicação da lei e o resultado pretendido pela norma jurídico-tributária.

¹⁷⁸ Vide J. L. SALDANHA SANCHES, “*Os Limites do Planeamento Fiscal – substância e forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*”, p. 21.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Por sua vez, MANUELA DURO TEIXEIRA entende que *“através do planeamento fiscal se visa pagar menos impostos, no presente ou no futuro, e que para estes efeitos podem ser utilizadas vias legítimas ou ilegítimas”*¹⁷⁹, concluindo a autora, de forma algo *“lapalissiana”*, que a fronteira será ultrapassada *“... quando se passa do legítimo para o ilegítimo”*¹⁸⁰.

Na verdade, se bem compreendemos a tese protagonizada pela ilustre autora, a ilegitimidade do *“planeamento fiscal”* dependerá da ilegitimidade das vias utilizadas, estando assim este último dependente dos meios utilizados pelos contribuintes, o que nos aproximará, em alguma medida, da figura do negócio tributário simulado, sobre o qual recai a estatuição do artigo 39.º da LGT¹⁸¹, com a consequente confundibilidade de figuras jurídicas.

Já GLÓRIA TEIXEIRA refere que *“Por razões de simplicidade e certeza jurídica para o contribuinte, preferiria uma separação nítida, sempre com limitações é certo, entre “fraude” ou comportamento ilícito e intencional e “planeamento”, esta última atuação, lícita, ainda que abusiva ou no limite negligente. É importante que o cidadão interiorize e distinga os diferentes comportamentos e conheça também as consequências dos diferentes níveis de incumprimento”*¹⁸². Mais referindo que serão múltiplas as situações *“de planeamento fiscal se podem configurar, dependendo dos interesses financeiros ou comerciais dos investidores nacionais ou internacionais”*¹⁸³. Se bem compreendemos o entendimento da proeminente doutrinadora, ao não fazer uma distinção nítida entre o lícito e ilícito, admite, necessariamente, um *“planeamento fiscal”* ilícito.

¹⁷⁹ Vide MANUELA DURO TEIXEIRA, op. Cit., p. 239.

¹⁸⁰ Vide MANUELA DURO TEIXEIRA, op. Cit., p. 239.

¹⁸¹ Do qual resulta que *“Em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado.”*

¹⁸² Vide GLÓRIA TEIXEIRA, in *“Manual de Direito Fiscal”* Almedina, 4.ª edição, 2016, p. 113.

¹⁸³ Vide GLÓRIA TEIXEIRA, in op. cit., p. 114.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Já GUSTAVO LOPES COURINHA, no âmbito do seu escrito sobre a Cláusula Geral Anti Abuso e sem se pronunciar sobre o conceito de “*planeamento fiscal*” – legítimo –, aproxima o conceito de “*planeamento fiscal*” abusivo à expressão de elisão fiscal, a qual corresponde à atuação arquitetada pelo sujeito passivo que se traduz num comportamento aparentemente lícito, geradora de uma vantagem fiscal não admitida pelo ordenamento jurídico-tributário, pelo facto do seu resultado não ser admissível¹⁸⁴.

Por outro lado, MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES afastam o conceito de “*planeamento fiscal*” – legítimo – da “*fraude fiscal*” e da “*evasão fiscal*”, aproximando-o de uma ideia de “*economia de escolha*” ou “*opção fiscal*”.

Para os referidos autores, “*no planeamento fiscal, o contribuinte organiza a sua actividade de modo a minimizar o imposto, através de isenções, reduções ou outras formas de eliminação ou de diminuição de carga fiscal ou diferimento do pagamento do imposto, mas sem violar a lei (letra e espírito)*”¹⁸⁵.

Nessa senda os identificados autores recusam a expressão “*Planeamento fiscal agressivo*” afirmando ser uma “*logomaquia, porque o planeamento fiscal em sentido técnico nunca é agressivo nem, aliás abusivo. Aquela expressão – a ser aceitável – contrapor-se-ia ao planeamento fiscal defensivo, conservador adverso do risco, e não, pois fruto da criatividade, como é o caso do denominado agressivo ligado à área cinzenta das deficiências, das dúvidas suscitadas pela lei*”¹⁸⁶, podendo-se, assim, concluir que a evasão fiscal será sinónimo da expressão também muito utilizada de “*planeamento fiscal*” ilegítimo ou ilícito – para os autores – de forma incorreta e imprecisa.

¹⁸⁴ Vide GUSTAVO LOPES COURINHA, in “*A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário – Contributos para a sua Compreensão*”, Almedina, Reimpressão da Edição de 2004, p. 15.

¹⁸⁵ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, in “*Direito Fiscal*”, Almedina, 5.ª Edição, Corrigida e Aumentada, 2012, p. 181.

¹⁸⁶ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, in. op. cit., p. 182 e 183.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Entendem os identificados doutrinadores que estamos perante “*planeamento fiscal*” – em sentido próprio – quando se opte por um tipo de rendimento em detrimento de um outro, ou quando se deferir o momento da tributação, ou ainda quando se escolhe um espaço fiscal com tributação mais baixa, sem ser por meios artificiais. Pelo que “*na economia de escolha, tal como na evasão, não se criou o pressuposto da tributação, o acto que se celebrou foi querido, mas diferentemente da evasão, o negócio jurídico utilizado não é deformado anormalmente*”¹⁸⁷.

Desta feita, “*na economia de escolha ou opção fiscal, isto é, planeamento, não existe qualquer norma violada ou iludida e, portanto, nunca pode ser agressivo ou abusivo, contrariamente a uma tendência que tem vindo a ser concretizada e objeto do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro*”¹⁸⁸.

Nesta linha, consideram que “*a minimização do imposto não significa necessariamente o denominado planeamento fiscal agressivo, ofensivo ou abusivo, devendo evitar-se enveredar-se por uma via plena de perigos, de serem considerados sempre inadmissíveis esquemas que visam obter uma minimização do imposto por serem supostamente contrários ao que foi entendido que a lei disponibiliza*”¹⁸⁹.

Consequentemente, impõe-se uma análise imparcial dos casos concretos para se aferir se estamos perante um caso de evasão fiscal, nomeadamente, por ser uma operação inusual, ou se estamos perante uma escolha facultada expressamente ou não pela lei fiscal, sendo certo que, para estes autores, o “*planeamento fiscal*” (legítimo) não dependerá, necessariamente do facto de a escolha ser facultada expressamente pela lei¹⁹⁰.

Conforme já se referiu, os mencionados autores, independentemente da terminologia utilizada, com a qual tendemos a concordar, colocam o acento tónico

¹⁸⁷ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *in op. cit.*, p. 183.

¹⁸⁸ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *in op. cit.*, p. 184.

¹⁸⁹ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *in op. cit.*, p. 184.

¹⁹⁰ Vide MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, *in op. cit.*, p. 183.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

na “*usualidade e adequação da operação*” para delimitar a linha fronteira entre o lícito e o ilícito, ou seja, entre o “*planeamento fiscal*” aceitável e o “*planeamento fiscal*” inaceitável, isto é: evasão fiscal, afastando-se, assim, do critério de aferição da vontade do legislador acima anunciado, carregado de incertezas e dúvidas interpretativas.

Também JOSÉ CASALTA NABAIS doutrina em sentido próximo, ao colocar a tónica fronteira na utilização ou não de instrumentos insólitos ou de todo inadequados ao objetivo ou objetivos económicos pretendidos, ao referir que “*do princípio do Estado fiscal deriva a liberdade de as empresas escolherem as formas de actuação menos onerosas possíveis do ponto de vista fiscal. E numa tal liberdade integram-se também as possibilidades de praticar actos ou celebrar negócios jurídicos como o principal ou mesmo único objetivo de reduzir ou eliminar impostos, conquanto que esta operação não seja veiculada através da utilização de meios ou instrumentos insólitos ou de todo inadequados ao objectivo ou objectivos económicos pretendidos*”¹⁹¹.

Em sentido semelhante ao agora protagonizado por aqueles autores parece seguir, ainda, SÉRGIO VASQUES, ao referir que “*o exercício da autonomia privada e a legitimidade do planeamento fiscal encontram o seu limite quando os contribuintes se servem de esquemas negociais manifestamente artificiosos, manipulando as formas jurídicas com o intuito principal de escapar ao pagamento do imposto*”, que se mostrasse devido no caso de serem empregues as formas negociais mais comuns para alcançar o mesmo resultado económico¹⁹².

Por sua vez, ANA PAULA DOURADO, sem fazer uma clara distinção entre “*planeamento fiscal*” e a atuação ilícita, ao admitir o “*planeamento fiscal*” abusivo, entende que “*a não tributação por ausência de incidência, ou a redução da matéria coletável ou coleta, pode ser o resultado de ausência de atividade, de consumo ou de*

¹⁹¹ Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, in “*Manual de Direito Fiscal*”, p. 215.

¹⁹² Vide SÉRGIO VASQUES, in “*Manual de Direito Fiscal*”, Almedina, Reimpressão, 2012, p. 314.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*património ou podem resultar do comportamento racional de planeamento fiscal*¹⁹³. Continuando no sentido de advogar que *“Se um negócio jurídico puder ser concluído por duas ou mais formas com resultados económicos equivalentes, o agente económico racional adotará aquele negócio jurídico que tenha um resultado fiscalmente menos oneroso”*¹⁹⁴.

Já JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, ao fazerem a distinção entre *“fraude fiscal”*, *“evasão fiscal”* e *“planeamento fiscal”*, optam por considerar que *“só é legítima a minimização dos encargos fiscais operada através de práticas não abusivas, nem fraudulentas, de planeamento fiscal (tax planning). Só é, então, legítima a atuação intra legem. O contribuinte pode, por exemplo, aproveitar os benefícios fiscais ou as exclusões tributárias previstas na lei, bem como explorar as alternativas fiscais que o ordenamento jurídico coloca à sua disposição. Estas alternativas dizem respeito, designadamente, à forma de realização das operações ou atividades, à sua localização, ao momento da tributação e, nos casos em que a lei o permita, ao tipo de rendimentos”*¹⁹⁵.

Com posição similar, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA afasta o termo *“planeamento fiscal”* da ilicitude, por contraponto às formas ilícitas como a *“evasão fiscal”* e a *“fraude fiscal”*. Para o referido autor, *“planeamento fiscal”* corresponderá à ideia de *“gestão fiscal”*, que consiste no ato de minimizar os impostos a pagar por via totalmente legítima e lícita, expressa ou implicitamente desejada ou permitida pelo legislador, como opção ao contribuinte, correspondendo à escolha da via fiscalmente menos onerosa consistente com a gestão normal dos negócios pessoais ou empresariais. Nessa senda, *“planeamento fiscal”* será, por exemplo, as exclusões tributárias, os benefícios fiscais e as alternativas fiscais, porquanto são situações em que a economia fiscal *“é, expressa ou implicitamente*

¹⁹³ Vide ANA PAULA DOURADO, *in op. cit.*, p. 260

¹⁹⁴ Vide ANA PAULA DOURADO, *in op. cit.*, p. 261.

¹⁹⁵ Vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *in op. cit.*, p. 451.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

querida, desejada ou, ao menos, sugerida pelo próprio legislador fiscal”, pelo que os atos que lhe são próprios situar-se-iam “*intra legem*”^{196 197}.

Da nossa parte, com todo o respeito que nos merecem os doutrinadores com posições distintas, entendemos ser preferível “*separar águas*” – de resto no sentido do que já por nós perfilhado no passado e na senda deste último autor, de MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, entre outros supra identificados, também consideramos que a expressão “*planeamento fiscal*” deverá ficar reservada às atuações, negócios, operações ou esquemas legítimos ou lícitos.

Neste âmbito, por um lado teremos o “*planeamento fiscal*” – legítimo (por definição) –, como sinónimo de “*gestão fiscal*” ou “*economia de escolha*”, e do outro lado teremos as atuações e esquemas que ultrapassam a fronteira da licitude, tais como a “*fraude fiscal*”, reservada aos comportamentos diretamente contrários à lei fiscal e normalmente combatidos com normas de cariz penal ou contraordenacional, e a “*elisão*”^{198 199}, ou – se se preferir – “*evasão fiscal*”, que, apesar de não ser diretamente contrária à norma fiscal em causa, se apresenta contrária ao sistema fiscal²⁰⁰.

¹⁹⁶ Vide MANUEL HENRIQUE DE FREITA PEREIRA, in “*Fiscalidade*”, Almedina, 3.ª Edição, 2009, pp. 413 e ss.

¹⁹⁷ Em idêntico sentido, segue NUNO DE SÁ GOMES, “*Evasão Fiscal, Infração Fiscal e Processo Penal Fiscal*”, Rei dos Livros, 2.ª Edição, 2000, p. 24.

¹⁹⁸ De entre as duas expressões – evasão fiscal e elisão fiscal – tendemos a preferir a expressão “*elisão fiscal*”, na senda de GUSTAVO LOPES COURINHA, in *op. cit.*, p. 15.

¹⁹⁹ Também ALBERTO XAVIER, in “*Direito Tributário Internacional*”, Almedina, 2.ª Edição Atualizada, 2011, p. 351, parecer preferir a expressão “*elisão fiscal*”, referindo que “*A expressão elisão fiscal internacional (tax avoidance), não pode ser assimilada ao conceito de evasão fiscal (tax evasion), pois não está em causa, necessariamente, um acto ilícito pelo qual o contribuinte viola a sua obrigação tributária (conexa com mais do que uma ordem jurídica), prestando falsas declarações ou recusando-se ao seu cumprimento, mas sim a prática de actos (em princípio) lícitos, realizados no âmbito da esfera de liberdade de organização mais racional dos interesses do contribuinte, face a uma pluralidade de regimes fiscais de ordenamentos distintos.*”

²⁰⁰ Em sentido contrário a esta divisão de conceitos, parece, seguir ALBERTO XAVIER, in *op. cit.*, p. 352, ao fazer coincidir o fenómeno do planeamento fiscal com o fenómeno da elisão fiscal, como sendo sinónimos das expressões “*montagens fiscais, arquitetura ou engenharia fiscal*”.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Com efeito, entendemos que a separação terminológica agora perfilhada tem, desde logo, a vantagem de evitar confusões indesejadas de conceitos, mas, mais do que isso: terá a vantagem de colocar a tónica na existência de um espaço legislativo, expressamente consagrado ou não admissível ao “*planeamento fiscal*” no ordenamento jurídico-tributário, o qual será sempre legítimo, porquanto, neste circunspeto de atuação o contribuinte não violará quaisquer normas ou princípios, limitando-se a beneficiar das escolhas geradas pelo próprio sistema jurídico-tributário ou, até, das próprias imperfeições do mesmo ordenamento.

Na verdade, no âmbito do “*planeamento fiscal*” – em sentido próprio –, o contribuinte não se faz valer de quaisquer meios artificiosos ou inusuais para obter uma mais-valia fiscal, a qual, na grande maioria dos casos, corresponderá a uma poupança no encargo fiscal. O contribuinte limita-se a, de entre as opções de enquadramento tributário resultantes de um sistema pouco neutral, optar pelo ato, negócio, operação ou esquema que corresponda às suas pretensões e que lhe acarrete um menor encargo tributário presente ou futuro.

Dito isto e em jeito conclusivo, salvo melhor opinião, abranger no conceito de “*planeamento fiscal*” as situações abusivas e patológicas é de algum modo contribuir para uma menor diferenciação entre as atuações legítimas e ilegítimas e, por ventura, dar um passo alargado para se misturarem situações que estão longe de serem similares ou até de terem tratamento jurídico similar quanto às suas consequências, como o que pretende fazer o legislador no âmbito do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, que em nada contribui para a segurança e certezas jurídicas fundamentais para os operadores jurídicos neste ramo do direito.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

VII. DA DELIMITAÇÃO TRANSFRONTEIRIÇA ENTRE O PLANEAMENTO FISCAL E A ELISÃO

Questão distinta e porventura bem mais complexa, cuja resposta está longe de ser unânime, será a da identificação da linha delimitadora entre a atuação legítima (o “*planeamento fiscal*”) e a atuação ilegítima (“*evasão*” ou “*elisão fiscal*” e “*fraude fiscal*”). A dúvida coloca-se, precisamente, a este nível, ou seja, saber que tipo de comportamentos ou omissões são colocados à disposição do contribuinte para que este melhor possa gerir os seus encargos tributários com vista à poupança fiscal, no âmbito da “*economia de escolha*” supra identificada.

Já no passado tentámos responder a esta questão, tendo nós referido, nessa altura que a doutrina fiscalista tem vindo a tentar delimitar esta fronteira de forma não inteiramente consensual.

Com efeito, por um lado, tem-se entendido que o “*planeamento fiscal*” é legítimo quando se apresente em conformidade com a intenção do legislador, podendo, inclusivamente, resultar do aproveitamento de uma omissão consciente daquele último ou da concessão de escolha ao agente económico. Por sua vez, o planeamento ilegítimo, ou se se preferir, mantendo a terminologia por nós adotada, a *elisão fiscal*, corresponderá a todos aqueles comportamentos que, contrariando princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, se traduzem na redução indevida do impacto fiscal resultante de determinados comportamentos.

Para esta corrente doutrinária, na senda do que já dissemos atrás, a aferição da licitude do “*planeamento fiscal*” passará pela compreensão da intenção do legislador, ao estabelecer um determinado regime jurídico-fiscal, pelo que remeter-nos-á para a apreciação do caso concreto. Também como já demos nota, parece-nos que esta delimitação, sem mais, levar-nos-á a um inflacionamento da insegurança e incerteza tributária dificilmente superável na sua aplicabilidade prática, visto que exigirá do contribuinte uma espécie de exercício de “*adivinhação*” da intenção do legislador ainda que não tenha qualquer tipo de correlação com a letra da lei.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Tais dificuldades mostrar-se-ão ainda mais inflacionadas nos casos em que estejamos perante omissões legislativas, pois, nessa altura, exigir-se-á ao agente económico que descortine se tal omissão foi intencionalmente deixada pelo legislador ou se, ao invés, foi o resultado de uma imponderação de antevisão do caso concreto por parte do legislador, sem que o intérprete se possa amparar em qualquer outra previsão legal similar.

Por outro lado, sempre se dirá que o próprio exercício interpretativo da vontade do legislador está, naturalmente, condicionado às correntes filosóficas e sociológicas daquele momento em concreto, sofrendo “*adaptações*” e “*mutações*” ao longo dos tempos²⁰¹, pelo que, o que hoje poderá ser considerado como um comportamento legítimo, num futuro mais ou menos distante, motivado por exemplo por pressões sociais, políticas e até doutrinárias, poderá ser considerado um comportamento ilegítimo.

Tomando posição, tendemos a entender que a linha de fronteira entre o que se poderá considerar por atuações ou esquemas legítimos – “*planeamento fiscal*” em sentido próprio –, de um lado, e, por outro, as atuações e esquemas ilegítimos, fraudulentos, evasivos ou elisivos, será melhor traçada com base num critério

²⁰¹ Na verdade, ou nós já sentimos o peso da idade, ou não terão passado assim tantos anos desde os tempos em que a relação entre a Administração Tributária e o contribuinte era comparada aos desenhos animados do “*Tom & Jerry*” em que o gato, constrangido pela tipicidade da norma tributária, corria com apoio de sistemáticas alterações legislativas atrás da capacidade imaginativa do rato – hoje completamente desadequada à realidade contemporânea. O artigo 2.º do CIRS será um exemplo sintomático dessa mesma realidade, que ao longo dos anos foi crescendo e crescendo para abarcar as diversas formas de rendimentos que foram sendo “criados” pelos agentes económicos. De resto, ainda são diversos os autores que anunciam a carácter tipológico do direito fiscal, como um dos causadores da evasão fiscal – vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, *in op. cit.*, p. 456. Também ANA PAULA DOURADO, *in op. cit.*, p. 263, numa alusão crítica ao carácter tipológico do direito fiscal, refere que “*As lacunas não intencionais estão na origem do fenómeno designado de elisão fiscal. Este fenómeno pode ser minimizado por técnicas legislativas que evitem ou pelo menos reduzam as lacunas, e para tal são recomendadas as técnicas que descrevam o objeto de imposto com abertura do Tatbestand ou tipo lega (veja-se como exemplo de técnica legislativa adequada a um Estado da OCDE e da EU, o art. 4.º n.º 1 do Código do IVA) e que evitem a enumeração taxativa (veja-se como exemplo de técnica obsoleta típica de um Estado não membro da OCDE, o art. 2º do Código do IMT). As regras específicas de interpretação da lei fiscal e as regras antiabuso (...) também permitem reduzir as lacunas não intencionais.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

objetivo que tenha em vista, maioritariamente, a adequação da operação, aproximando-nos de autores como MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, MANUEL PIRES e RITA CALÇADA PIRES, entre outros, mas não sem antes fazer alguns reparos e alertas.

Com efeito, se este critério parece ter a vantagem, em relação ao critério subjetivo consubstanciado na *“adivinhação”* da intenção e vontade do legislador, de trazer mais segurança e certeza na delimitação da linha de separação, por se tratar de um critério marcadamente objetivo, mas não tão abrangente como o critério protagonizado pelo nosso legislador no diploma já supra identificado, e, em consequência, afastar alguma subjetivação na delimitação da fronteira entre o lícito e o ilícito. Ainda assim, não nos parece que esteja completamente isento de críticas, desde logo, porque tem subjacente a ideia de usualidade das operações, remetendo-nos para uma ideia de habitualidade do ato, negócio, operação ou esquema. Simplificando: se já foi utilizado por diversos agentes económicos no passado é admissível, se é novidade, inovação ou desconhecido, será de se desconfiar, numa espécie de pensamento à moda do *“velho do restelo”*.

Temos portanto, desde logo, que a usualidade, como critério delimitador da fronteira, levada aos extremos e adotada em exclusivo, poderá corresponder a um forte desincentivo da criatividade e inovação numa área em que estas características poderão fazer a diferença, nomeadamente, na competitividade empresarial, o que certamente será indesejável, seja para os próprios agentes económicos, seja, até, para o próprio Estado²⁰².

Salvo o devido respeito por opinião distinta, quaisquer soluções que ponham em causa a busca incessante pela inovação e criatividade capaz de garantir uma maior rentabilização económica dos próprios agentes económicos deverão ser evitáveis, visto que, poucos serão os que, perante um esquema ou atuação

²⁰² Veja-se o exemplo das águas com sabores – sumos disfarçados – e a sua tributação em sede de IVA à taxa reduzida.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

revolucionários e inovadores, arrisquem ficar na incerteza de saber se uma determinada operação é legítima ou ilegítima, porque tal nunca, ou raramente, foi experimentado²⁰³. Ora, se tais evidências são uma realidade para o comum dos contribuintes, maior impacto terão nos agentes económicos objeto do presente trabalho – as sociedades comerciais e os membros dos seus órgãos estatutários. Na verdade, para estes tornam-se vitais decisões e atos caracterizados pela criatividade e inovação empresarial, desde logo no que corresponde à gestão societária com vista à redução dos custos operacionais e de estrutura.

Assim, não nos parece que seja de adotar como linha delimitadora, exclusivamente, um critério que ponha em causa o que é desconhecido e ou diferente atenta a sua não utilização no passado, independentemente do seu eventual mérito ou até da sua censurabilidade tributária, por via, nomeadamente, da violação de princípios estruturantes do sistema.

Por outro lado, parece-nos que o critério da adequação económica, apesar de se basear em aspetos objetivos, reduzindo a insegurança e a incerteza na delimitação da linha de fronteira entre o lícito e o ilícito, mostra-se, ainda assim, incapaz de assegurar o desaparecimento da *“zona acinzentada”* entre estas duas realidades. Na verdade, não raras vezes nos deparamos com operações igualmente capazes de conferir uma adequação económica ao fim desejado, mas que, por

²⁰³ Nem nos parece que seja de se colher a argumentação de que o agente económico tem ao seu dispor diversos mecanismos procedimentais de obter a certeza desejável por parte da Administração Tributária, designadamente pelo recurso ao pedido de informação vinculativa, desde logo porque a morosidade do procedimento poderá não se coadunar com as dinâmicas societárias e, por outro lado, porque a publicitação aos demais agentes económicos de tal procedimento, que poderá ser um constrangimento ao *“segredo do negócio”*. A acrescer ao já dito, ainda será de se referir um sentimento generalizado de extremo ceticismo por parte dos responsáveis da Administração Tributária, no que à novidade diz respeito, optando, em boa parte dos casos, por tomar posições pouco vantajosas para o contribuinte.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

claramente contrárias ao sistema, serão consideradas abusivas^{204 205}, por imposição de princípios orientadores do sistema, tais como os da boa-fé. Por outro lado, também não raras vezes nos deparamos com duas operações igualmente capazes de garantirem a adequação do negócio, mas que, ainda assim, repercutem consequências tributárias completamente distintas, ambas, lícitas e permitidas pelo ordenamento jurídico-tributário²⁰⁶.

Dito isto, é nossa opinião que a linha de separação entre a licitude e ilicitude deverá ser obtida por via de um critério complexo que compreenderá a um misto dos dois critérios supra identificados, sendo a sua delimitação estabelecida com base na adequação económica e racional para a realização de um determinado fim, desde que não ofenda de forma manifesta os princípios orientadores do sistema jurídico-tributário²⁰⁷. Ou se se preferir: não nos bastará olhar para a usualidade ou adequação da atuação do contribuinte, porquanto poderemos estar perante uma operação inusual que se mostre igualmente capaz de conferir a adequação

²⁰⁴ Veja-se, a título de exemplo, o financiamento *“back to back”*, o qual consiste, na operação pela qual uma sociedade não residente em Portugal e residente em jurisdição que não tribute o financiamento, localizada numa jurisdição pertencente à EU ou país com o qual exista ADT, de forma a minimizar o impacto da retenção na fonte sobre os juros, se financia junto de instituições bancárias e que de seguida entrega o referido financiamento por via de suprimentos à entidade nacional; ou a operação conhecida como *“debt-push down”* que, basicamente permite que os encargos de financiamento de uma operação de aquisição das partes de capital de uma sociedade suportados pela entidade adquirida, sendo este último o esquema da divulgação ao abrigo do Decreto-lei n.º 29/2008.

²⁰⁵ Para maiores desenvolvimentos sobre os exemplos de esquemas considerados abusivos, vide, por exemplo LAURIANA RITA PIRES VIEIRA, in *“Planeamento Fiscal Abusivo: Exemplificação de Alguns Esquemas”*, dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Instituto Politécnico do Porto, 2014.

²⁰⁶ Veja-se a título de exemplo a opção de aquisição das participações sociais ou a aquisição dos ativos de uma sociedade ou, até, a opção ou não pelo regime da neutralidade fiscal nas reestruturações e reorganizações empresariais.

²⁰⁷ Com isto não pretendemos afastar por completo o critério da *“interpretação da vontade do legislador”* que poderá e deverá ser utilizado como critério subsidiário e complementar aos demais critérios identificados, auxiliando assim o intérprete (seja ele o agente económico, a Administração Tributária, ou o julgador), na delimitação fronteiriça entre o comportamento lícito e o ilícito. No entanto, até pelas críticas que já fizemos ao mesmo, somos forçados a atribuir-lhe um *“papel secundário”* em modo de *“complemento indireto”*, que poderá ou não, caso seja necessário, vir completar a formulação racional da decisão cognitiva.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

económica ao fim desejado, sem que, ainda assim, se ponha em causa os princípios orientadores do sistema, concluindo-se, naturalmente, pela sua “bondade” e subsequente enquadrabilidade no conceito de “planeamento fiscal” – legítimo ou em sentido próprio – e não no conceito de “elisão” ou até “fraude fiscal”. Ou, ainda, na negativa, não haverá ilicitude na atuação do agente económico desde que este não utilize um meio artificioso ou fraudulento para obter uma vantagem fiscal, ferindo com isso os princípios orientadores do sistema.

Temos, portanto, que a fronteira delimitadora entre a atuação legítima e ilegítima será caracterizada pela sua indefinição matemática e milimétrica “imobilidade”, essencialmente aferível no caso concreto mediante a análise do circunstancialismo do mesmo, cujos critérios balizadores serão a adequação da operação e a coerência com os princípios orientadores do sistema, bem como a maior ou menor neutralidade das normas tributárias.

De resto, somos da opinião que quanto maior for a neutralidade das normas jurídico-tributárias, menor parece ser a liberdade do contribuinte na sua “economia de escolha” ou “gestão fiscal”. Em sentido contrário, nos casos em que o legislador efetivamente apresente soluções jurídico-tributárias pouco neutras perante uma determinada operação, negócio ou ato, a “liberdade de escolha” ou “gestão fiscal” ver-se-á, naturalmente inflacionada²⁰⁸.

Com efeito, parece-nos que a “censurabilidade” da opção do agente económico está umbilicalmente ligada ao “cuidado” transposto pelo legislador na elaboração das normas, optando ou não pela uniformização e neutralização da tributação de situações similares entre si. Na verdade e fazendo uso do critério –

²⁰⁸ Já no passado, por nos parecer que, em termos visuais, poderia ser mais elucidativo, optámos por comparar a linha da licitude ou ilicitude do planeamento fiscal à delimitação da linha das marés, isto é: quanto mais baixa estiver a maré da neutralidade fiscal legislativa para uma determinada operação, atuação ou negócio, maior será o espaço disponível concedido à escolha do contribuinte; por sua vez, quanto maior for a maré do cuidado do legislador na construção de um regime neutral, menor será o espaço concedido ao contribuinte para escolher o ato ou negócio que se lhe afigurar mais vantajoso em termos fiscais, bem como, o tamanho da “praia” do contribuinte estará intimamente correlacionado com a “maré” legislativa com que se depare no caso concreto.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

subsidiário – do exercício interpretativo da vontade do legislador, sempre se poderá afirmar que, se este último optou por uniformizar o regime jurídico-tributário em determinadas operações similares, poucas dúvidas restarão quanto à sua intencionalidade de enquadrar determinados comportamentos num concreto regime jurídico-tributário. Ao invés, se o legislador não uniformizou a tributação de determinados comportamentos realizáveis por atos, negócios ou operações similares será legítimo ao intérprete optar por um ou por outro enquadramento tributário, consoante os seus interesses por efetivamente desconhecer, com a certeza que seria desejável e exigível, a vontade do legislador aquando da elaboração do regime jurídico.

Nessa senda, pensamos que a censurabilidade do *“planeamento fiscal”* perante casos concretos em que a neutralidade é praticamente inexistente deverá ser contida aos casos em que efetiva e manifestamente se verifique uma ofensa dos

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

princípios orientadores do sistema e que a operação em causa demonstre não ser adequada ao fim desejado, mostrando-se claramente artificial^{209 210 211}.

²⁰⁹ Expressão bastante utilizada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia. Veja-se a título de exemplo o caso Cadbury Schweppes (Proc. C-196/04, de 12.09.2006) do qual resulta que as legislações nacionais relativas às sociedades estrangeiras controladas, estão genericamente em conformidade com o Tratado, na medida em que prossigam o objetivo legítimo de combater a fraude ou a evasão fiscal, todavia, estas regras serão contrárias aos art.ºs 43.º e 48.º do TCE, quando se apliquem a expedientes que não constituam “expedientes puramente artificiais”. Segundo a decisão do Caso Cadbury Schweppes são factos determinantes para aferir da existência de tais expedientes saber se o contribuintes tem uma intenção subjetiva de obter uma vantagem fiscal estabelecendo-se noutro EM, se existe um estabelecimento no EM que prossiga atividades económicas e se esse estabelecimento dispõe de uma existência física em termos de instalações, pessoal e equipamento, sendo que a aferição do comportamento “puramente artificial”, será resolvida nos tribunais domésticos caso a caso.

²¹⁰ Nesse mesmo sentido, segue ainda o Acórdão do TCA Norte P.01188/11.0BEPRT, datado de 28 de setembro de 2017, do qual resulta que *“Com referência à norma agora apontada, importa discutir o que poderá ser entendido como sendo um “meio artificioso ou fraudulento” ou um “abuso de formas jurídicas”, na medida em que se tratam de conceitos indeterminados, nem sempre fáceis de enquadrar num cenário de planeamento fiscal, sendo que neste domínio a jurisprudência comunitária já se pronunciou sobre o conceito de meio artificioso ou fraudulento aquando da decisão do caso Cadbury-Schweppes (Processo C-196/04 de 12/09/2006) n.ºs 67-68), verificando-se que na asserção do TJCE, o conceito de meios artificiosos ou fraudulentos que nos é dado pelo legislador português traduz-se no uso de “expedientes puramente artificiais cuja finalidade é fugir à alçada da legislação do Estado-membro em causa”.*

Avançando, e tendo presente o exposto pelo 1º Autor citado na decisão recorrida – Prof. Saldanha Sanches, diga-se que o planeamento fiscal legítimo “consiste numa técnica de redução da carga fiscal pela qual o sujeito passivo renuncia a um certo comportamento por este estar ligado a uma obrigação tributária ou escolhe, entre as várias soluções que lhe são proporcionadas pelo ordenamento jurídico, aquela que, por acção intencional ou omissão do legislador fiscal, está acompanhada de menos encargos fiscais” (Os Limites do Planeamento Fiscal, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pág. 21).

Por seu lado, o planeamento fiscal ilegítimo “consiste em qualquer comportamento de redução indevida, por contrariar princípios ou regras do ordenamento jurídico-tributário, das onerações fiscais de um determinado sujeito passivo”.

Pois bem, é às situações que configuram planeamento fiscal ilícito ou extra legem que irá ser aplicada a CGAA e, consequentemente serão desconsiderados os efeitos fiscais do acto ou negócio jurídico lícito praticado pelo contribuinte que desencadeou na obtenção de vantagens fiscais.”

²¹¹ Relativamente à temática da artificialidade vide JOÃO FÉLIX PINTO NOGUEIRA, in *“Direito Fiscal Europeu – o Paradigma da Proporcionalidade – A proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas como as liberdades fundamentais”*, Coimbra Editora, pp. 419 e ss, onde o autor refere que *“O tribunal entende que a luta contra a fraude apenas é admissível quando se dirige à artificialidade. Ao nível jurisprudencial, esta noção aparece-nos pela primeira vez em ICI quando se reconhece aos Estados-Membros o poder de criar normas que evitassem as condutas que tivessem “por objectivo exclusivo excluir de um benefício fiscal os expedientes puramente artificiais.” Esta orientação estabilizou-se em acórdãos posteriores, a título de exemplo vejam-se os acórdãos Lasteyrie du Saillant, Masrks & Spencer, Cadbury Schweppes, Thin Cap Group Litigation e Rewe ZentralFinanz”*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Mas mais: será necessário que afira facticidade que demonstre que o agente económico não teria como desconhecer que tal operação, negócio, enquadrável naquele regime jurídico-tributário em concreto, seria abusiva e contrária aos princípios orientadores do próprio sistema.

Acrescentando e atalhando caminho: também nos parece que a referida censurabilidade da “bondade” do “planeamento fiscal” deverá estar, de alguma forma, condicionada ao circunstancialismo dos deveres jurídicos em que se encontre o operador jurídico em causa.

Isto é, se como vimos supra o órgão de gestão está obrigado ao “dever de gestão”, ainda que limitado na sua sindicabilidade (como, também, já se referiu), por via da natureza lucrativa dos entes societários e em cumprimento do direito a quinhoar nos lucros por parte dos sócios, então, por inerência desse mesmo dever, estão aqueles membros do referido órgão de gestão, compelidos²¹² na busca da solução – também tributária – que garanta maior lucratividade, neste caso, por via da redução de encargos de estrutura e organizativos. Assim sendo, será expectável – e, porventura, desejável – que este órgão de gestão, por via das suas funções, apresente uma maior capacidade “imaginativa” no que respeita ao “planeamento fiscal”. É, efetivamente, neste campo de atuação do mundo dos negócios e das sociedades que “*homo oeconomicus*” ganhará a sua maior preponderância sobre os demais ponderáveis do processo decisional do agente económico, pelo que, –

²¹² Optamos propositadamente por, neste momento, utilizar a expressão “*compelidos*” fugindo-se assim a conceitos jurídicos tais como “*obrigados*”, deixando para momento posterior tomada de posição sobre esta matéria.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

diríamos – teleologicamente procurará a poupança fiscal por via da economia da escolha tributária^{213 214 215}.

VIII. DAS CONSEQUÊNCIAS FISCAIS DA TRANSPOSIÇÃO DA LINHA TRANSFRONTEIRIÇA ENTRE A LICITUDE E A ILICITUDE (BREVES NOTAS)

Chegados aqui e tendo nós constatado a complexidade da delimitação fronteira entre a atuação lícita e a atuação ilícita com todo um inflacionar da incerteza e insegurança que tal representa, cumprirá dar breve conta das consequências mais relevantes que tal transposição poderá acarretar para os membros dos órgãos de gestão e assim se aferir do risco que os mesmos correm.

Com efeito e para além da responsabilidade dos sujeitos passivos originários, a responsabilidade tributária pode alargar-se a outras pessoas a título de responsabilidade solidária ou subsidiária, nos termos do disposto no artigo 22.º, n.º 2 da LGT, sendo que tal responsabilidade tributária abrange, para além da totalidade tributária, os juros e demais encargos legais, conforme resulta do preceituado no n.º 1 daquele normativo legal.

²¹³ É, efetivamente, até por via da censurabilidade social – sem prejuízo dos recentes casos/escândalos que assolaram diversas empresas internacionais –, distinto o “*planeamento fiscal*” feito ao nível pessoal e familiar, que certamente estará mais circunscrito aos casos em que é expressa a possibilidade de escolha conferida pelo legislador, por aqui não existir qualquer confronto, ainda que aparente, de deveres, do que o planeamento societário, balizado pela lucratividade teleológica daquela entidade e incentivado pelo cumprimento dos deveres dos membros dos seus órgãos de gestão, em especial pelo dever de gestão.

²¹⁴ Mas a este tema voltaremos adiante aquando da tomada de posição em jeito conclusivo.

²¹⁵ Nas palavras de ANTÓNIO R. DAMÁSIO, in “*O Erro de Descartes – emoção, razão e cérebro humano*”, Companhia das Letras, 3.ª Edição (trad. Dora Vicente e Georgina Segurado), 2012, p. 191., o ser humano dispõe de um “*sistema interno de preferência*” que o levará a procurar o prazer e evitar a dor, estando “*provavelmente sintonizado à partida para alcançar esses objetivos em situações sociais*”.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Nessa senda, o ordenamento jurídico-tributário prevê diversas normas de responsabilização dos membros dos órgãos de gestão societária, sendo exemplo paradigmático o explanado no artigo 24.º da LGT²¹⁶.

Sendo que a responsabilidade solidária por dívidas tributárias remete-nos para a noção de obrigação solidária prevista no art. 512.º do Código Civil, segundo a qual a solidariedade entre devedores ocorre quando cada um deles responde pela prestação integral e esta a todos libera. *“Ou seja, os responsáveis solidários respondem igual e integralmente pelo cumprimento da dívida tributária. Isto significa que a administração tributária pode demandar apenas um dos devedores solidários, deixando para o demandado o exercício do direito de regresso junto dos demais”*²¹⁷. Por outro lado, *“a responsabilidade subsidiária ocorre quando ao devedor principal se segue, em segunda linha, um outro devedor que só pode ser demandado depois de demandado o primeiro”*²¹⁸, sendo que tal responsabilidade efetiva-se por via da reversão fiscal para este último devedor, a qual apenas poderá acontecer após demonstração da insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal ou dos devedores solidários. Nessa medida, o

²¹⁶ Resulta do identificado preceito legal que:

“1. Os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão em pessoas coletivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a esta e solidariamente entre si:

a) Pelas dívidas tributárias cujo constitutivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste, quando, em qualquer dos casos, tiver sido por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente para a sua satisfação;

b) Pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período de exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento.

2. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se aos membros dos órgãos de fiscalização e revisores oficiais de contas nas pessoas coletivas em que os houver, desde que se demonstre que a violação dos deveres tributários destas resultou do incumprimento das suas funções de fiscalização.

3. A responsabilidade prevista neste artigo aplica-se aos técnicos oficiais de contas desde que se demonstre a violação dos deveres de assunção de responsabilidade pela regularização técnica nas áreas contabilística e fiscal ou de assinatura de declarações fiscais, demonstrações financeiras e seus anexos.”

²¹⁷ Vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in *“Curso de Direito Tributário”*, Coimbra Editora, 2009, p. 97.

²¹⁸ Vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in *“Curso de Direito Tributário”*, p. 98.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

devedor subsidiário gozará do benefício da excussão, sendo-lhe lícito recusar o cumprimento da dívida tributária enquanto a Administração Tributária não tiver executado todos os bens dos devedores principais e/ou solidários sem obter a satisfação do seu crédito, ou, *“não obstante a excussão de todos os bens dos mesmos, se o devedor subsidiário provar que o crédito não foi satisfeito por culpa da administração tributária”*^{219 220 221}.

Ora, dito isto sempre se alertará para o facto de que a consequência – geral^{222 223} – pela transposição da linha transfronteiriça entre a licitude e a ilicitude poderá passar pela tributação do ato ou negócio que não praticou, mas que, na realidade, por aplicação da cláusula geral anti abuso²²⁴, é como se tivesse praticado, tributando-se, assim, *“o negócio que a Administração Fiscal considera que seria normal e adequado para os fins económicos que as partes pretendiam. Ou seja, entre o negócio considerado anormal e o normal terá que existir uma*

²¹⁹ Vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in in *“Curso de Direito Tributário”*, p. 98

²²⁰ Vide ainda artigo 23.º da LGT.

²²¹ Sobre a legitimidade procedimental do sujeito passivo indireto vide ainda JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, in *“Lições de Procedimento e Processo Tributário”*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, pp. 135 e ss.

²²² Vide também o disposto no artigo 39.º da LGT sob a epígrafe *“Simulação dos negócios jurídicos”* do qual resulta que:

“1 - Em caso de simulação de negócio jurídico, a tributação recai sobre o negócio jurídico real e não sobre o negócio jurídico simulado.”

²²³ Optamos aqui por fazer apenas uma referência à norma geral não desconhecendo, no entanto, que o ordenamento jurídico-tributário nacional dispõe de diversas normas anti abuso específicas semeadas ao longo dos diversos diplomas legais. Contudo, para efeitos da matéria em análise ficarmos-nos, com a elucidação da consequência que poderá resultar da transposição da linha transfronteiriça entre a atuação lícita e a atuação ilícita e que cominará com um acrescido encargo tributário para o agente económico.

²²⁴ Dispõe o artigo 38.º da LGT sob a epígrafe *“Ineficácia de actos e negócios jurídicos”* que:

“1 - A ineficácia dos negócios jurídicos não obsta à tributação, no momento em que esta deva legalmente ocorrer, caso já se tenham produzido os efeitos económicos pretendidos pelas partes.

2 - São ineficazes no âmbito tributário os actos ou negócios jurídicos essencial ou principalmente dirigidos, por meios artificiosos ou fraudulentos e com abuso das formas jurídicas, à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos que seriam devidos em resultado de factos, actos ou negócios jurídicos de idêntico fim económico, ou à obtenção de vantagens fiscais que não seriam alcançadas, total ou parcialmente, sem utilização desses meios, efectuando-se então a tributação de acordo com as normas aplicáveis na sua ausência e não se produzindo as vantagens fiscais referidas.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*equivalência económica. Afinal, tudo se vai passar fiscalmente como se o contribuinte não tivesse optado por contornar a lei e tivesse praticado o ato ou negócio sem que tivesse agido ou motivado por fins fiscais*²²⁵. Negócio que, naturalmente, se mostra fiscalmente mais “pesado/oneroso” para o agente económico. Nessa medida, não será difícil imaginar situações em que a correção fiscal – certamente mais gravosa –, acrescida ainda de custos processuais, juros e coimas, protagonizada pela Administração Tributária tenha como consequência um “ataque” ao património do ente societário, o qual poderá mostrar-se insuficiente para fazer face aos encargos tributários que daí advenham. Caso tal património da devedora principal se mostre insuficiente para fazer face a tais correções tributárias, serão os membros do órgão de gestão, por força do disposto no artigo 24.º da LGT, responsabilizados subsidiária e solidariamente entre si por tais “custos”, vendo, assim, o seu património pessoal diminuído com tal circunstância²²⁶.

Em idêntica medida sempre se dirá que, nos termos do disposto no artigo 8.º do RGIT, os membros do órgão de gestão são subsidiariamente responsáveis pelas multas ou coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo, ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento; ou, ainda, pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores, quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento. Resultando deste preceito legal uma clara ameaça ao património particular dos membros daqueles órgãos societários que não tenham património capaz de assegurar os custos de tais multas e coimas.

²²⁵ Vide PATRÍCIA MENESES LEIRIÃO, in “A cláusula geral ANTIABUSO e o seu procedimento de aplicação”, Vida Económica, p. 169.

²²⁶ Sobre esta matéria vide EDGAR VALLES, in *op. cit.*, pp. 53 e ss. e PAULO MARQUES, PEDRO CORREIA GONÇALVES e RUI MARQUES, in *op. cit.*, pp. 32 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Mostra-se assim, bem patente, pelo supra exposto, que a atuação dos membros do órgão de gestão está sujeita a uma enorme pressão por parte do ordenamento jurídico-tributário no que respeita à sua responsabilização por dívidas e atos imputáveis aos entes societários. Consequentemente, sempre se compreenderá que a atuação mais arriscada no que respeita à gestão fiscal, com uma aproximação à linha acinzentada mais escurecida do *“planeamento fiscal”*, poderá corresponder a uma efetiva responsabilização daqueles mesmos membros do órgão de gestão societária, com consequências na sua esfera jurídica privada²²⁷, desde logo, com a possibilidade de ser alvo de processo de reversão fiscal e ter que suportar os custos fiscais imputados à sociedade comercial.

Dito isto, reconhecendo-se o risco – elevadíssimo – da aproximação à linha fronteira entre a atuação lícita e a atuação ilícita, cumprirá dar conta da efetiva concretização do direito ao *“planeamento fiscal”*, coisa que faremos de seguida.

IX. DO DIREITO AO PLANEAMENTO COM VISTA À POUPANÇA FISCAL

Tendo nós chegado a este ponto e independentemente da conceptualização perfilhada quanto à delimitação fronteira entre o admissível e censurável (entre os comportamentos de gestão fiscal lícitos e os ilícitos), poucas dúvidas restarão quanto à complexidade da temática em causa, cuja resolução e identificação da linha divisória estará sempre e inevitavelmente repleta de um subjetivismo interpretativo dos agentes económicos, aferível, essencialmente, no caso concreto, que, apesar dos critérios de cariz objetivo que se possam carrear para efeitos de

²²⁷ Já para não falar das consequências criminais que daí advenham, mas que nesta sede não serão abordadas, por claro extravasamento do objeto do presente trabalho.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

densificação do conceito em causa, comprometerá a definição matemática e milimétrica dessa mesma linha fronteira, com o subsequente reconhecimento de uma zona desmilitarizada de tons acinzentados que vão escurecendo ou clareando conforme a aproximação ou o afastamento da fronteira entre a licitude e a ilicitude^{228 229}.

É neste quadro de “*certezas relativas*”²³⁰ que se impõe responder à questão de se saber se o contribuinte tem ou não um efetivo direito ao “*planeamento fiscal*” e, respondendo afirmativamente, em que termos e com que limitações.

Na senda do que já fomos dizendo ao longo do presente texto, parece-nos que a doutrina, praticamente de modo consensual, reconhece tal direito ao “*planeamento fiscal*”, por parte do agente económico.

²²⁸ Não raras vezes fomos e seremos confrontados com acessos debates sobre a licitude ou ilicitude de determinado comportamento ou operação, com sucessivos recursos jurisprudenciais e decisões nem sempre coincidentes entre si.

²²⁹ Veja-se a título de exemplo o caso paradigmático do regime contabilístico das prestações suplementares e das prestações acessórias, onde acompanhando SÉRGIO BRIGAS AFONSO, in “*Regime Societário e Fiscal dos Créditos por Prestações Suplementares e Prestações Acessórias*” in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal 2, ano X 217, Almedina, pp. 112 e ss., tendemos a entender que as prestações suplementares e acessórias, sob o regime das prestações suplementares, atenta a “*inexistência de uma obrigação, por parte da sociedade beneficiária, de restituição destas prestações, quer através da restituição do capital entregue à sociedade, quer através do pagamento de juros e, simetricamente, a inexistência, na esfera dos sócios, e até à deliberação que determine a sua restituição, de um direito de crédito sobre a sociedade (...)*” estas prestações têm a natureza de capitais próprios da sociedade e não de passivos financeiros. Por outro lado, no que respeita à contabilização das prestações acessórias sempre se dirá que “*as prestações acessórias onerosas deverão ser enquadradas contabilisticamente como passivo da sociedade beneficiária, ou seja conta 25 (Financiamentos Obtidos)*” e as prestações acessórias gratuitas, “*uma vez que a sociedade não entrega ao sócio, em contrapartida da prestação recebida, qualquer contraprestação, deverão estes créditos ser enquadrados no capital próprio da sociedade beneficiária e registados numa subconta apropriada da conta 53 (Prestações Suplementares) e não na subconta 51 (Capital) atenta a distinção entre “partes de Capital” e “Capital Próprio”*”, com todas as consequências que daí resultam ao nível da fiscalidade, designadamente no que respeita às variações patrimoniais positivas.

²³⁰ Cumprindo à jurisprudência, por via do histórico das suas decisões, que apesar de não comungarmos de um sistema de *common law* sempre nos dará bitolas indiciárias de tal linha fronteira. Apesar disso, sempre se dirá que, infelizmente, a morosidade da justiça tributária não se compaginará com as necessidades dos agentes económicos, sendo de se realçar a atuação meritória do CAAD neste sentido, com decisões em tempo recorde.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Nesse sentido seguem, por exemplo, JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, ao colocarem o acento tónico na racionalidade do comportamento dos sujeitos passivos, referindo que tal racionalidade comportamental estará na base da procura de minimização dos encargos fiscais por parte do contribuinte. Nessa medida e atenta a sua natural procura pela minimização dos seus custos, *“o contribuinte, atendendo aos benefícios e aos custos esperados (que podem ser de ordem patrimonial, moral e social), tende a optar pela solução que se lhe apresente como a melhor. Naturalmente, um contribuinte que possa optar, face ao desenho legal, entre um caminho fiscalmente mais oneroso e outro menos oneroso tenderá a seguir o segundo. Pode assim, falar-se numa predisposição inata do ser humano para minimizar os encargos fiscais”*²³¹, reconhecendo, assim, um direito – quase intrínseco e natural – ao *“planeamento fiscal”* por parte do agente económico.

Em sentido similar ANA PAULA DOURADO, constata que *“Os impostos alteram os preços e custos dos bens, serviços e fatores de produção, provocando distorções sobre a oferta e procura de bens e fatores (designados por custos de eficiência, desperdícios de bem-estar, encargos adicionais). Espera-se que todo o sujeito passivo, como agente económico racional, adote atos e negócios jurídicos que reduzam ou mesmo eliminem o imposto a pagar”*²³², concluindo que o direito ao *“planeamento fiscal”* *“enquadra-se nas liberdade de iniciativa económica e da empresa dos artigos 61.º, 80.º, alínea c), e 86.º da CRP”*, pelo que, consequentemente, *“não só é lícito como não deve implicar requalificação ou qualquer outra reação por parte das entidades que aplicam a lei fiscal (administração fiscal e tribunais)”*²³³.

Também SALDANHA SANCHES protagoniza a defesa do direito ao *“planeamento fiscal”* ao entender que *“os sujeitos passivos das obrigações tributárias*

²³¹ Vide JÓNATAS E. M. MACHADO e PAULO NOGUEIRA DA COSTA, in *“Manual de Direito Fiscal”*, pp. 449 e 450.

²³² Vide ANA PAULA DOURADO, in *op. cit.*, p. 260.

²³³ Vide ANA PAULA DOURADO, in *op. cit.*, p. 261.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*e, em especial, as empresas (que desenvolvem uma actividade económica tendente ao lucro) têm direito ao planeamento fiscal*²³⁴, considerando que o referido direito resulta das falhas de neutralidade do ordenamento jurídico-tributário, porquanto se o sistema fiscal fosse tão claro e tão ordenado do ponto de vista sistemático que fosse inteiramente neutro em relação às opções fiscais do sujeito passivo, o “*planeamento fiscal*” seria desnecessário. Ora, a falta de neutralidade jurídica do sistema provoca diversas alternativas jurídicas igualmente lícitas, mas com distorções no ónus tributário dos sujeitos passivos, devendo, portanto, as empresas realizar um estudo prévio das consequências fiscais e esforçar-se para minimizar os custos tributários a pagar, antes de avançar com determinados projetos²³⁵.

Na mesma senda, SÉRGIO VASQUES refere que é inquestionável que, no âmbito do princípio da autonomia privada e do princípio da igualdade tributária, “*os contribuintes, no exercício da sua autonomia, têm direito a escolher as formas jurídicas que querem emprestar aos seus negócios, não estando nunca obrigados a optar pelas formas que gerem maior receita fiscal*”²³⁶.

Nesse sentido, segue ainda, JOSÉ CASALTA NABAIS ao afirmar que as empresas, numa gestão correta, não poderão deixar de ter presente o critério do aforro fiscal, devendo optar pelas atuações que impliquem menores custos fiscais²³⁷. De resto, para este autor, o princípio do estado fiscal proporciona “... *a liberdade de as empresas escolherem as formas de actuação menos onerosas possíveis do ponto de vista fiscal. E numa tal liberdade integram-se também as possibilidades de praticar actos ou celebrar negócios jurídicos com o principal ou mesmo o único objectivo de reduzir ou eliminar impostos, conquanto que esta opção não seja veiculada através da*

²³⁴ Vide J. L. SALDANHA SANCES, in “*Manual de Direito Fiscal*”, p. 157.

²³⁵ Vide J. L. SALDANHA SANCHES, in “*Manual de Direito Fiscal*”, p. 158.

²³⁶ Vide SÉRGIO VASQUES, in *op. cit.*, p. 314.

²³⁷ Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, in “*Manual de Direito Fiscal*”, 214.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

*utilização de meios ou instrumentos insólitos ou de todo inadequados ao objectivo ou objectivos económicos pretendidos*²³⁸.

Também DIOGO LEITE DE CAMPOS opta por enfatizar o princípio da liberdade (autonomia privada) previsto nos artigos 1.º, 2.º e 62.º da CRP, como justificativo do direito ao *“planeamento fiscal”* ao referir que *“No Estado-de-Direito-democrático-dos-cidadãos o Direito é criado, antes de mais e principalmente, pelas pessoas. A atividade das pessoas orienta-se por formas jurídicas livremente criadas e e dispostas por si, ao abrigo do princípio da autonomia privada ou liberdade negocial. Embora a lei possa intervir para afirmar ou negar a sua relevância social (...) A generalidade das escolhas económicas da pessoa têm hoje relevância fiscal, na medida em que são sujeitas a imposto e as vias alternativas para atingir resultados idênticos também estão sujeitas a imposto, embora eventualmente com peso diferente. Quando se pretende atingir um certo resultado jurídico, têm-se à disposição diversas vias juridicamente relevantes, havendo que escolher entre elas. Tais opções não compreendem qualquer nível de ilicitude, mas unicamente de “prevenção” fiscal – no sentido de se prevenirem impostos mais pesados por se escolherem condutas ou situações jurídicas menos tributadas*²³⁹.

De igual modo, MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, entende que está inerente à ideia de racionalidade económica a minimização dos impostos a suportar por parte do contribuinte, pelo que este poderá orientar a sua vida com vista à minimização do imposto a suportar²⁴⁰.

Também nós, na senda dos ilustres autores – e demais que agora não mencionámos diretamente mas que supra já havíamos referido –, tendemos a reconhecer o direito ao *planeamento fiscal* por parte do agente económico, que – como se disse – consubstancia, por natureza, uma atividade legítima e até desejada

²³⁸ Vide JOSÉ CASALTA NABAIS, in *“Manual de Direito Fiscal”*, p. 215.

²³⁹ Vide DIOGO LEITE DE CAMPOS in *“Lições de Fiscalidade Vol I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna”* JOÃO RICARDO CATARINO e VASCO BRANCO GUIMARÃES (coord.), pp. 131 e ss.

²⁴⁰ Vide MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, in *op. cit.*, pp. 413 e ss.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

pelo sistema, ou, pelo menos, inevitável perante um sistema tributário que está longe de se apresentar neutral atenta a panóplia de opções tributárias que apresenta ao contribuinte.

De resto a própria jurisprudência europeia tem vindo, por diversas vezes, a pugnar pelo direito ao “*planeamento fiscal*”, veja-se, a título meramente exemplificativo, os famosos Acórdãos *Halifax* e *Cadbury Schweppes*^{241 242}, em que o Tribunal de Justiça da União Europeia reconhece de forma expressa o direito ao “*planeamento fiscal*”.

De igual modo, tal tendência tem sido acompanhada pela Jurisprudência nacional, sendo que, a título meramente exemplificativo, veja-se o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 31-01-2012, proferido no âmbito do processo n.º 05097/11, no qual se reconhece o direito ao “*planeamento fiscal*”, como sinónimo de “*gestão fiscal*”²⁴³, ou até o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 15-02-2011, proferido no âmbito do processo n.º 04255/10, que segue em idêntico sentido²⁴⁴. Também o Acórdão do Tribunal

²⁴¹ Ambos os acórdãos poderão ser consultáveis no site oficial do Tribunal Europeu de Justiça.

²⁴² Sobre o reconhecimento do Tribunal de Justiça da União Europeia do planeamento fiscal e seu abuso vide ainda ANA PAULA DOURADO, in “*Lições de Direito Fiscal Europeu – Tributação Directa*”, Coimbra Editora, designadamente pp. 154 e ss.

²⁴³ De acordo com o referido acórdão “...é inerente à racionalidade económica a minimização dos impostos a suportar, podendo utilizar-se várias vias para atingir tal desiderato, embora a fronteira de distinção entre elas nem sempre seja fácil de vislumbrar e nesse sentido são seguidas normalmente as vias da gestão ou planeamento fiscal da evasão ou elisão fiscal e da fraude fiscal, verificando-se que através da primeira das apontadas vias, procura-se a minimização dos impostos a pagar de um modo totalmente legítimo e lícito, querido até pelo legislador, ou deixado à liberdade de opção do contribuinte, como sejam os benefícios fiscais e as alternativas fiscais (v.g.a decisão de tributação separada, ou conjunta, em sede de uniões de facto no I.R.S.; a opção pelo regime simplificado ou pela contabilidade organizada para a determinação do lucro tributável em sede de I.R.C.; a opção, ou não, pelo regime especial de tributação dos grupos de sociedades em I.R.C.) pelo que, dentro dos limites da lei e do direito, o sujeito passivo pode escolher as formas menos onerosas de tributação tendo como limite da sua pretensão minimizadora a fraude à lei.” Acórdão consultável no site <http://www.dgsi.pt/>.

²⁴⁴ Resulta do referido Acórdão que “Assim, sendo o planeamento fiscal um direito subjetivo cujo núcleo tem de ser respeitado e cujos limites terão que ser definidos, para além, de o mesmo se desenvolver dentro da estrita legalidade não poderá mesmo dentro desta, ser abusivo sob pena de, violando o princípio da igualdade e capacidade contributiva, ser desconsiderado para efeitos fiscais. Ora, como

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Central Administrativo Norte, datado de 28-09-2017, proferido no âmbito do processo 01188/11.0BEPRT reconhece o direito ao “planeamento fiscal” ao referir que: *“Se o legislador, ao mesmo tempo que tributa as mais-valias das alienações de quotas, deixa por tributar as mais-valias das acções ou as tributa com uma taxa mais reduzida, não pode deixar de se aceitar fiscalmente a transformação de uma sociedade comercial em sociedade por acções mesmo que a transformação seja motivada por razões exclusivamente fiscais, sendo que a afirmação do interesse público em não tributar as mais-valias não especulativas derivadas da detenção de acções foi, conscientemente, considerado superior ao da arrecadação das receitas que a tributação podia gerar e que esta afirmação foi efectuada já depois da Lei Geral Tributária ter previsto a cláusula geral antiabuso, no seu artigo 38º n.º 2. (...) Não se verifica uma situação enquadrável no n.º 2 do art. 38º da LGT, desde logo por não existir um acto que possa considerar-se dirigido essencial ou primordialmente à obtenção de vantagens fiscais (pois ele foi dirigido também à criação de uma sociedade anónima por se pretender que ela funcionasse com as características e potencialidades que lhe são inerentes), mas também por não ter sido utilizado qualquer meio artificioso ou fraudulento para obtenção de vantagens fiscais”*²⁴⁵.

Por outro lado, nem sequer o legislador proíbe todo o tipo de “planeamento fiscal”, muito pelo contrário: alguns casos facultando-o e incentivando-o de forma bastante evidente, como, aliás, já o fomos dizendo, identificando-se diversos exemplos da opção de escolha concedida pelo legislador. Na verdade e como já o referimos, o sistema jurídico-tributário está recheado de possibilidades de escolha concedidas pelo próprio legislador para que o contribuinte possa optar por determinado negócio, ato ou operação que se lhe afigurar mais adequado, pelo que

ênfatisa o recorrido, pretender, como pretende a A. tentar iludir a fuga ao Fisco como se tratasse de um ataque do R. à boa gestão e liberdade negocial apenas pode ser interpretado como um expediente destinado a evitar a realização da justiça e a descoberta da verdade material sendo, outrossim, descabida a afirmação da A. de que com a sua actuação a AT violou o princípio da boa fé e de que devia esta identificar o negócio que ficou oculto.” Acórdão consultável no site <http://www.dgsi.pt/>.

²⁴⁵ Acórdão consultável no site <http://www.dgsi.pt/>.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

poucas dúvidas restarão quanto à consagração legal deste direito ao “*planeamento fiscal*”, intimamente ligado, aliás ao princípio da autonomia privada²⁴⁶, consagrado constitucionalmente, bem como ao princípio da legalidade^{247 248}, concretizável na admissibilidade da escolha tributária que se mostre mais vantajosa para o agente económico, desde que se respeitem os limites da licitude da sua atuação, nos termos supra expostos, e, no “reverso da medalha”, na obrigação/dever por parte da Administração Tributária de não proceder à requalificação ou qualquer outra reação contra tais atos, mesmo que impliquem, naturalmente, uma perda de receita pública, por via de uma tributação menos onerosa ou inexistente aplicável ao sujeito passivo/contribuinte.

X. DO DEVER AO PLANEAMENTO COM VISTA À POUPANÇA FISCAL – POSIÇÃO ADOTADA (INCONCLUSIVA)

Se é certa a quase unanimidade no reconhecimento do direito ao “*planeamento fiscal*”, por parte do agente económico, tendo-se de alguma forma evidenciado o facto de o nosso ordenamento jurídico incentivar, em determinadas ocasiões, a escolha por parte do contribuinte, também será certo que o

²⁴⁶ Cf. artigo 61.º da CRP.

²⁴⁷ Vide SÉRGIO VASQUES, *in op. cit.*, p. 314.

²⁴⁸ Segundo CLOTILDE CELORICO PALMA, *in* “Cláusulas anti-abuso e direitos e garantias dos contribuintes” a elisão fiscal (do latim *elidere*, eliminar, suprimir): “*implica a prática de ato ou conjunto de atos (operações), no âmbito da esfera de liberdade concedida aos particulares pelo princípio da legalidade ou tipicidade da tributação, e que têm como efeito a aplicação de regime tributário menos oneroso do que se aplicaria sem que tal ato ou conjunto de atos tivesse sido praticado. Ou seja, as operações de planeamento fiscal são, em princípio, lícitas, sendo, contudo necessário distinguir certos negócios que a lei considera como abusivos, anómalos, os quais são objeto de normas anti abuso especiais ou gerais e que se podem considerar como atos antijurídicos, ao abrigo dessas leis anti abuso (anti ‘tax avoidance clauses’). Na verdade, a evolução legislativa da passada década caracteriza-se por um acentuado reforço das garantias dos contribuintes, existindo uma forte oposição ao alargamento dos poderes da Administração Tributária, contudo, ultimamente, em vez da demagogia anti impostos, assiste-se a uma subalternização sistemática dos direitos dos contribuintes ao objetivo central da maximização das receitas tributárias.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

reconhecimento da existência de um dever de planeamento com vista à poupança fiscal mostra-se como uma matéria pouco consensual entre a doutrina.

Aliás – diga-se – serão poucos os autores que dão passos nesse mesmo sentido. O que se compreende em grande medida, pois, caso se reconheça um dever de “*planeamento fiscal*” com vista à poupança mais do que se conceder a faculdade de realizar a gestão fiscal que se entenda por mais apta a defender os seus interesses, está o agente económico obrigado a realizar tal exercício de economia de escolha fiscal.

Ora, diga-se, que não nos parece que tal “*dever geral de planeamento fiscal*” recaia sobre o comum dos mortais. De resto, não se imagina que o idoso reformado, a dona de casa, o funcionário público, o trabalhador por conta de outrem, ou até o proprietário de um pequeno negócio gerido e detido por si, estejam obrigados a dirigir as suas escolhas com base em critérios de eficiência fiscal que daí possam advir²⁴⁹.

Não faz, portanto, sentido a transmutação de um “*direito geral ao planeamento fiscal*” num “*dever geral ao planeamento fiscal*”, com âmbito de aplicação generalizado aos agentes económicos, até porque tal “*dever*” não tem – e bem – consagração legal no nosso ordenamento jurídico-tributário²⁵⁰. Dito isto, o princípio da autonomia privada faculta ao comum dos cidadãos a possibilidade de escolha ou não pelo regime fiscal que se mostre mais vantajoso, para si próprio. É

²⁴⁹ Até porque mesmo que se admitisse tal dever – o que, em modo de alegações processuais, apenas se admite por necessidade de raciocínio – qual seria a cominação? O “*lesado*” seria o próprio e, no máximo o seu agregado familiar. O seu agregado familiar intentaria uma ação de responsabilidade civil? Essa responsabilidade civil seria contratual ou extracontratual? Mas mesmo naqueles casos em que a sua escolha fiscal implique com a esfera jurídica de terceiros, por exemplo no caso do arrendamento com ou sem renúncia à isenção do IVA, dificilmente se poderá imaginar a imputação de tal responsabilidade civil, até porque no âmbito da liberdade contratual estão as partes livres de acordarem ou não o que melhor entendam para si.

²⁵⁰ Efetivamente desconhece-se qualquer norma ou princípio no nosso ordenamento jurídico-tributário que possa justificar entendimento distinto ao agora por nós protagonizado.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

assim livre o cidadão comum de fazer “*maus negócios fiscais*”, com a certeza de que terá o agradecimento do Estado e de todos nós²⁵¹.

Contudo se temos esta posição de reconhecido pessimismo quanto à existência de um “*dever geral de planeamento fiscal*” aplicável à generalidade dos contribuintes, já não a teremos quanto aos membros dos órgãos de gestão societária, desde logo porque – como já o dissemos – as sociedades comerciais têm como fim último a obtenção do lucro, ou seja, a obtenção de um enriquecimento patrimonial, ou se se preferir, de um valor acrescentado. Com efeito, o lucro faz parte do seu “*ADN*”, como elemento teleológico, que define a motivação dos sócios aquando da criação das sociedades comerciais, sendo que tal é uma “*verdade de fé*” defendida por toda a doutrina comercialista.

Por outro lado e também como resulta do supra exposto, os sócios/acionistas têm efetivamente direito a quinhoeiro nos lucros da sociedade, resultantes da sua atividade, por via de imperativos legais e/ou estatutários.

Por último e como já o referimos supra, apesar de não estar expressamente consagrado em disposição do Código das Sociedades Comerciais, verdade é que – acompanhado a maioria da doutrina comercialista – os membros dos órgãos de gestão estão obrigados a um *dever geral de gestão* no âmbito das suas funções, o qual se repercute e efetiva na obrigatoriedade de se tomarem as decisões e realizarem os atos que melhor defendam os interesses dos respetivos entes societários, o que, em última instância, se traduzirá na obrigatoriedade de atuação e tomada de decisões que maximizem o fim último societário, ou seja a obtenção do lucro.

Temos, portanto, bem assente que as sociedades comerciais são geradas e geridas/administradas com vista à obtenção do lucro, pelo que, consequentemente,

²⁵¹ Naturalmente que o cidadão poderá optar pela tributação conjunta ou separada com o seu cônjuge ou unido de facto, optando pela que mais impostos acarrete, com base no seu inflacionado dever de cidadania ou exponencial moralidade fiscal. Não podendo o Estado ou qualquer outra entidade fazer repercutir sobre esse cidadão quaisquer responsabilidades por tal ato, com a respetiva devolução do imposto pago a mais do que seria expectável caso tivesse optado pela opção que se mostrasse mais eficiente fiscalmente.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

a principal função dos órgãos de gestão é administrarem com respeito pelos deveres consagrados no disposto no artigo 64.^o do Código das Sociedades Comerciais e demais disposições legais e estatutárias/contratuais, com o objetivo de obterem o mencionado fim, sob pena de serem destituídos dos seus cargos ou até de incorrem em responsabilidade civil, perante a sociedade e seus sócios^{252 253}.

Pelo que a criação e a gestão de valor/lucro exigem que as decisões tomadas nas empresas se concentrem nas fontes geradoras de valor, com o intuito de se retirarem os mais elevados benefícios, sendo expectável e exigível que os gestores tenham uma preocupação permanente pela maximização da rentabilização dessas mesmas fontes, seja pelo acréscimo dos rendimentos, seja pela redução dos custos, que se traduzirá, em qualquer um dos casos, num acréscimo dos proveitos societários e consequentemente obtenção de maiores lucros.

Ora, naturalmente, até pela elevada carga tributária que incide sobre as empresas, na atualidade, será expectável e exigível que os gestores tenham preocupações de redução dos custos com os encargos tributários das sociedades comerciais, nomeadamente por via da alternativa fiscal, ou seja, pela escolha do caminho, ato, negócio ou operação que represente menores encargos tributários.

Assim, poder-se-á concluir que, no âmbito dos deveres de boa gestão societária, os membros dos órgãos de gestão estão obrigados à adoção de medidas de “*planeamento fiscal*”, justificável, desde logo, pela própria inexistência de neutralidade fiscal do nosso sistema jurídico-tributário, com vista à redução dos custos e consequente poupança fiscal.

Entendemos assim que a maximização da fiscalidade nas sociedades comerciais faz parte dos deveres de boa gestão governativa e que é – e deverá ser –

²⁵² Ainda que com as limitações de sindicabilidade indicadas supra, mas que cujas considerações conclusivas deixaremos para momento mais abaixo.

²⁵³ Nesse sentido, segue, como já o dissemos supra DOMINGOS FERREIRA in op. cit., ao considerar que “a criação de valor e de riqueza constitui um dos objetivos primordiais na gestão de qualquer empresa e deve ser a preocupação dos seus responsáveis, qualquer que seja o nível hierárquico em que situem e as tarefas que desempenhem.”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

uma preocupação dos órgãos decisores no âmbito das suas funções, por via do contrato de administração e de acordo com as disposições legais supra enunciadas.

De resto, nesse sentido segue MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA ao referir que a *“economia fiscal tem grande importância para a gestão das empresas e para o gestor, constituindo até uma obrigação deste a tomada de decisões que, sendo lícitas, conduzam à minimização dos impostos a pagar e consequente maximização da rentabilidade após impostos, ou seja, fazer gestão fiscal”*²⁵⁴.

Está, portanto, o gestor obrigado a, perante duas ou mais operações que, por via da inexistência de neutralidade fiscal, apresentem consequências e/ou custos tributários distintos, escolher o regime que se lhe afigure mais vantajoso, ou seja, o que acarretar menores custos para a respetiva sociedade comercial²⁵⁵.

Na verdade, nada obriga que, perante duas operações igualmente legítimas, racionais em termos económicos e ambas adequadas ao fim desejado, o gestor opte pela mais onerosa em termos fiscais. Muito pelo contrário! O gestor está efetivamente obrigado, por via dos deveres inerentes às suas funções, a optar pela operação que menores custos acarretar para a sociedade e assim maximizar a lucratividade empresarial.

Com isto, não se pretende dizer, claro está, que o gestor é livre de escolher qualquer tipo de operação, porquanto confrontado com a delimitação da fronteira da legalidade, por via da violação dos critérios supra enunciados e aferíveis no caso concreto, tais como a coerência do sistema e dos seus princípios orientadores, bem como da adequação e usualidade da operação, deverá optar pelo regime que o mantenha, como é evidente, no conforto da legalidade da operação.

²⁵⁴ Vide MANUEL HENRIQUE DE FREITAS PEREIRA, *in op. cit.*, p. 414.

²⁵⁵ Atenta a, agora, protagonizada defesa do *“dever de gestão fiscal”*, por via do cumprimento das obrigações contratuais e legais, parece-nos que se inviabilizará quaisquer teorias que, para distinguirem a linha divisória entre a licitude e a ilicitude do *“planeamento fiscal”*, coloquem o acento tónico, unicamente, na intencionalidade exclusiva ou maioritariamente na obtenção da vantagem tributária, para aferirem da legitimidade ou ilegitimidade do planeamento fiscal.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

No entanto, como também já o referimos tal delimitação da linha fronteira entre a atuação lícita e a atuação ilícita está longe de se consubstanciar em critérios matemáticos e milimétricos, seja na perspetiva dos agentes económicos, seja na perspetiva da Administração Tributária, seja, ainda, na perspetiva do julgador.

Chegados aqui e tendo nós reconhecido a existência de um “*dever de gestão fiscal*” aplicável aos membros dos órgãos de gestão societária, por honestidade de raciocínio, vimo-nos numa iminente e, pelo menos, aparente encruzilhada de deveres, com o risco de colocarmos os “*pobres coitados*” dos administradores e/ou gestores, numa espécie de “*zona desmilitarizada do paralelo 38 da fiscalidade moderna*”. Ou seja e explicando melhor: se, como já o referimos infra, a fronteira entre estas duas realidades está longe de se encontrar “*geometricamente*” delimitada, quer seja pelas contingências e imperfeições do sistema, quer seja pela própria perceção subjetiva do contribuinte, que poderá estar plenamente convencido de que se encontra ainda do lado fronteiro da legalidade; e se os membros do órgão de gestão estão obrigados ao cumprimento do dever de maximização da mais-valias fiscal, seja pela redução de custos fiscais, seja pela prolação do encargo fiscal, seja ainda pela isenção de determinado ato, negócio ou operação; então estaremos a “*condenar*” os tais membros dos órgãos de gestão a percorrerem constantemente um trilho caracterizado pelo inflacionamento do risco provocado pela incerteza e pela insegurança permanentes, assombrado pelo possível entendimento de que a maximização fiscal por si protagonizada poderá vir a ser considerada ilegítima.

De resto, nem nos parece que seja de honesto o argumento de que o órgão de gestão é livre de ir até à fronteira, porquanto tal fronteira nem sempre se mostra facilmente perceptível aos olhos do agente económico, principalmente nos casos em que estejamos perante operações inusuais.

Com efeito, se parece pacífica a existência de uma zona fiscal *acinzentada*, própria do risco ponderado e cauteloso desejável e desejado no âmbito das funções de gestores, que, ainda assim, poderá ser trilhada por não ser manifesta a sua

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

transposição, devendo ser entendida como estando dentro dos limites do “*planeamento fiscal*”, como sinónimo de gestão fiscal ou economia de escolha. Também por necessidade de raciocínio se concluirá que, atento o “*sub-dever de gestão fiscal*” que obriga os membros dos órgãos de gestão à maximização da sua escolha fiscal, não lhes bastará ficar-se pela *zona acinzentada* de tom mais clareado da delimitação fronteiriça. Caso tal se mostre mais vantajoso para o erário do ente societário, o órgão de gestão está obrigado, por via dos seus deveres, a optar pelo ato, negócio ou operação de *tons mais escurecidos* possíveis, com o correspondente acréscimo de risco quanto à confirmação da “*bondade*” da operação em apreço.

Aqui as dúvidas multiplicam-se: os deveres de boa gestão do órgão de gestão impostos pelo direito societário, bem como o fim último das sociedades, parecem levar-nos a concluir que uma atuação, porventura, mais inovadora e/ou arriscada, que se consubstancia num percurso próximo ou até em cima da linha divisória entre as atuações legítimas e ilegítimas, será “*desculpabilizada*” e consequentemente legitimada, pelo ordenamento jurídico-tributário. Com efeito, o sucesso ou insucesso empresarial passa, em grande medida, por esta tomada de posições mais arriscadas que não se limitam, apenas, às decisões puramente económicas ou mercantis, mas sim, também, às decisões na *gestão fiscal*, capazes de alavancar as sociedades comerciais para níveis de maior competitividade económica, benéfica ao próprio sistema (também tributário) e politicamente desejável. O que de algum modo justificaria tal atuação por parte daqueles membros dos órgãos de gestão, consubstanciando a sua atuação no cumprimento de um dever, caso optem por um ato, negócio ou operação inovador que resulte numa vantagem fiscal para a sociedade, mas que, não transponha de forma manifesta a linha transfronteiriça entre a licitude e a ilicitude da atuação.

Nessa medida, os membros do órgão de gestão encontrar-se-iam numa espécie de conflito de deveres, ao estilo do preceituado no artigo 36.º do Código

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Penal²⁵⁶ entre o dever de gerir – o melhor possível – a sociedade e o dever de cumprir os ditames da licitude fiscal. Ou até, em sentido positivo, numa espécie de conflito de direitos entre o direito da sociedade ao lucro e o direito da Administração Tributária à tributação por via do cumprimento dos normativos e princípios legais do sistema²⁵⁷.

Será precisamente aqui que se coloca o “*busílis*” da questão: num conflito de deveres e de direitos, onde certamente não se poderão deixar ao seu destino – incerto – os membros dos órgãos de gestão dos entes societários. Consequentemente, parece-nos defensável que o “*direito*” da Administração Tributária deverá ser, em boa medida, contraído, por via do “*sub-dever de gestão fiscal*” que incide sobre os membros do órgão de gestão. Isto é, atento o supra exposto, será necessário conjugar a efetiva e expressa transposição fronteiriça com uma ideia de manifesta intencionalidade de atuação ilegítima, aferível por via da análise das circunstâncias do caso concreto, para que se conclua pela transposição ou não da licitude.

Assim sendo e aceitando-se tal raciocínio (que tendemos a acompanhar, mas com a perceção que estamos a trilhar caminhos algo desconhecidos), sempre seremos forçados a concluir que o “*planeamento fiscal*” dos membros dos órgãos de gestão tem uma maior amplitude na sua vertente acinzentada – logo, na sua licitude –, por via das funções que desempenham e do cumprimento dos seus deveres a que estão obrigados. Nessa medida, o ordenamento jurídico-tributário mostrar-se-á mais flexível e tolerante aos esquemas de “*planeamento fiscal*” realizados por estes órgãos de gestão em relação ao comum dos cidadãos, tratando-se de forma distinta

²⁵⁶ Do qual resulta que “*Não é ilícito o facto de quem, em caso de conflito no cumprimento de deveres jurídicos ou de ordens legítimas da autoridade, satisfizer dever ou ordem de valor igual ou superior ao do dever ou ordem que sacrificar.*”

²⁵⁷ Cf. artigo 335.º do CC, do qual resulta que: “*Havendo colisão de direitos iguais ou da mesma espécie, devem os titulares ceder na medida do necessário para que todos produzam igualmente o seu efeito, sem maior detrimento para qualquer das partes.*”

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

o que se mostra efetivamente distinto, nos termos do disposto no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa.

No reverso da medalha deste exercício racional e argumentativo sempre se alertará para o facto de o ordenamento jurídico-tributário se mostrar bastante adverso ao risco do “*planeamento fiscal*”, conforme supra se viu, mais que não seja pela possibilidade – de praticabilidade realística – da reversão sobre os membros do órgão de gestão das dívidas fiscais, por via da figura da responsabilidade subsidiária. Ou até, em última instância, da responsabilização criminal adveniente de tais atos. Tal contingência procedimental e processual mais do que atenuar o ímpeto assertivo e inovador no que respeita a um “*planeamento fiscal*”, com vista à poupança fiscal do ente societário, parece limitar o *sub-dever de gestão fiscal*. Ou seja, na perspetiva agora abordada, poder-se-á concluir que os membros do órgão de gestão estão, de alguma forma, desculpabilizados aquando do incumprimento daquele “*sub-dever de gestão fiscal*” ao optarem por um caminho, ato, negócio ou operação mais cauteloso – ou (na esteira da figura de estilo já utilizada) por uma situação que se mostre em tom acinzentado mais clareado. Estaríamos assim, portanto, próximos de uma figura incumprimento não culposo ou desculpabilizante dos deveres de gestão a que os membros do órgão de gestão estão obrigados.

Parece-nos inclusivamente que tal perspetiva mais providente (vamos chamar-lhe assim) ganhará ainda mais força argumentativa se ao já explanado se acrescentar a regra da insindicabilidade do mérito da decisão ou ato de gestão por via do princípio *business judgment rule*, já por nós abordado.

Com efeito, atento a maior censurabilidade do risco da atuação ilícita por via das normas fiscais e a menor, ou inexistente, censurabilidade do mérito da decisão mais cautelosa, por via da insindicabilidade da decisão de mérito da gestão fiscal, nos termos das normas comerciais/societárias, poderemos ser levados a concluir que o legislador pretendeu encolher o direito ao “*planeamento fiscal*” societário, com a respetiva contração do âmbito de aplicação do que chamámos de “*sub-dever de gestão fiscal*”, numa espécie de postura anti inovação e anti risco societário.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Tomando posição e na senda do que já fomos indiciando, apesar do que nos parecer que estamos perante uma espécie de *“bipolaridade patológica sistémica”* do nosso ordenamento jurídico-tributário/societário, que tanto parece incentivar e impelir o agente económico ao *“planeamento fiscal”* societário, como, ao mesmo tempo, parece desincentivar e, até, impedir esse mesmo *“planeamento fiscal”* pelo menos numa vertente inovada, tendemos, ainda assim, a optar pela primeira das enunciadas perspetivas, que se traduzirá num alargamento da zona acinzentada, mas lícita, da economia de escolha ou gestão fiscal, conferida aos membros dos órgãos dos entes societários/empresariais, balizada pela manifesta transposição dessa linha acrescida da manifesta intencionalidade do agente económico nesse sentido, privilegiando-se a inovação e a capacidade imaginativa daqueles mesmos agentes económicos e com isso acarinhar, de alguma forma, a competitividade empresarial nacional, por via da poupança fiscal e subsequente obtenção do lucro societário.

Apesar disso, em modo conclusivo, atenta a invocada *“bipolaridade patológica sistémica”*, o instinto de sobrevivência do ser humano e a cautela levar-nos-ão, na prática, a concluir em sentido negativo à questão que colocámos inicialmente, ou seja, apesar de nada ser *“mais certo neste mundo do que a morte e os impostos”* *“evitar os impostos [está longe de se mostrar como sendo] a única atividade que atualmente contém alguma recompensa”*, com base nos riscos que resultam da encruzilhada em que os membros dos órgãos de gestão se encontram entre a obtenção do lucro, por via da poupança fiscal e o cumprimento dos ditames da fiscalidade. Na verdade, entre incumprir e dificilmente ser sancionado e incumprir e ser facilmente sancionado, será sempre preferível escolher o primeiro dos caminhos.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

XI. DAS CONCLUSÕES

I.

1. O presente relatório de mestrado visa o aprofundamento do estudo relativo à temática do planeamento e poupança fiscal no campo de atuação das empresas já por nós abordado parcialmente.
2. Pretendemos responder à dúvida: – Os Gestores estão ou não obrigados ao que se poderá intitular como “*dever de gestão fiscal*”, com vista à poupança/redução de custos da atividade comercial, estruturais e organizativos?
3. Caso se responda afirmativamente à questão supra enunciada, mostra-se crucial aferir das consequências ou responsabilidades, que poderão ser assacadas a estes mesmos gestores que não cumpram o tal imperativo da gestão fiscal.
4. Procuraremos responder à questão em duas distintas perspetivas: na perspetiva societária, descortinando-se, assim, que consequências – se é que existem – poderão ser assacadas a este órgão, no âmbito das relações societárias entre os gestores e a sociedade; e na perspetiva fiscal, onde iremos relacionar todas estas questões com as situações que se mostrem abusivas e ilegítimas.

II.

5. Para a realização do estudo das questões supra enunciadas, torna-se premente percorrermos um itinerário de assimilação de conceitos e regimes jurídicos do direito societário, designadamente no que respeita aos deveres dos gestores, respetiva sindicabilidade do eventual incumprimento desses mesmos deveres e possíveis consequências aplicáveis na sua esfera jurídica pessoal.
6. Apesar de se tratar de um trabalho de matriz essencialmente fiscalista, pretender-se fazer uma ponte multidisciplinar com diversos ramos do direito, em especial, com o direito societário.
7. A doutrina comercialista explora de forma bastante exaustiva o estatuto dos gestores mas está longe de ser unanime quanto à existência de um dever geral

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

de gestão, o qual parece ser condição *sine qua non* para o reconhecimento do “*sub-dever de gestão fiscal*”.

8. Mesmo para a doutrina que reconhece tal dever de gestão, ainda assim é patente a falta de consenso quanto às suas características, âmbito de aplicação, sindicabilidade e suas consequências.
9. Numa perspetiva fiscalista, a doutrina tem vindo a dedicar-se à temática do “*planeamento fiscal*”, mas, geralmente, numa perspetiva global, em que se visa a sociedade ou o ente empresarial e não em concreto o órgão de gestão.
10. Na generalidade das vezes, tal concretização doutrinária da problemática focada nos membros daquele órgão é feita numa perspetiva patológica e punitiva ou procedimental e processual, desconhecendo-se similar preocupação por parte dos autores fiscalistas a montante desta vertente da ilicitude da atuação e consequente punição.

III.

11. É pacífico entender-se que as sociedades comerciais têm um cariz lucrativo, que caracteriza a sua essência e justifica a sua existência.
12. Nesse sentido, a obtenção do lucro consubstancia o fim último das sociedades, sendo que, toda a sua atividade está articulada em função dessa mesma necessidade teleológica.
13. A procura pelo lucro é mais do que uma mera aspiração, ou uma simples demanda idealista e romanceada das sociedades comerciais e/ou dos membros dos órgãos de gestão. É uma espécie de “*my precious*” dos entes societários, dos seus sócios, e dos gestores, que se sentem compelidos na sua incessante procura e obtenção de mais e mais lucros.
14. Só com o lucro as sociedades conseguirão vingar num mercado globalizado e competitivo, em que os resultados da atividade comercial estão longe de dependerem exclusiva, ou mesmo, maioritariamente, dos serviços ou bens comercializados, ou do desempenho da atividade comercial *stricto sensu*.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

15. Os resultados da atividade societária estão dependentes da organização interna com vista à redução de custos da estrutura de produção.
16. O lucro condiciona a vontade, decisões e atuações da sociedade, quer nas suas relações internas, quer nas suas relações externas.
17. Temos vindo a assistir, cada vez mais, a uma profissionalização dos gestores, possuidores de capacidade e conhecimentos técnicos, especializados na *“arte do ofício”* e cada vez mais independentes da origem do capital, estando estes profissionais da gestão compelidos na busca incessante pelo lucro, procurando as soluções que se mostrem mais aptas a esse fim.
18. Soluções e meios que poderão ser encontrados e desenvolvidos numa perspetiva de redução dos custos do ente societário, nos diversos parâmetros produtivos, organizativos e estruturais necessários à própria atividade, nos quais a fiscalidade mostra-se de relevância acrescida.
19. Não raras vezes, a gestão societária vê-se na contingência de ponderar os *“custos”* fiscais, que transversalmente ocupam os atos, negócios ou operações, da vida societária, para, desta forma, optar pelos que menores encargos possíveis.

IV.

20. Como corolário do fim mediato de obtenção do lucro, prescreve a alínea a) do n.º 1 do artigo 21.º do Código das Sociedades Comerciais que todo o sócio tem direito a quinhão nos lucros. Tal imperativo legal já decorre das disposições do Código Civil, conforme resulta do preceituado nos artigos 992.º e, em especial, do artigo 994.º, ambos daquele diploma legal.
21. Tal direito aos lucros é ainda reforçado pelo artigo 22.º, n.º 1 do CSC, ao preceituar que, se o contrato for omissivo, cada sócio participará dos mesmos proporcionalmente ao valor da respetiva participação no capital.
22. O direito fundamental a quinhão nos lucros da sociedade por parte dos sócios é uma espécie de *“dogma de fé”*, pacificamente aceite pela doutrina comercialista.
23. Tal direito aos lucros é a verdadeira causa da participação social.
24. O direito aos lucros por parte dos sócios é inderrogável e irrenunciável.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

25. As sociedades comerciais têm um “ADN” de cariz lucrativo que se repercute num direito abstrato e fundamental do sócio de quinhoar nos lucros da sociedade, ainda que condicionado pela autonomia privada.
26. Tal matriz lucrativa, bem como a efetivação do direito ao lucro dependerá do desempenho dos gestores da sociedade.
27. Tem-se como fulcral o papel destes gestores na concretização do fim da sociedade e do direito dos sócios de quinhoar nos lucros.
28. Na verdade, se é certo que existe um direito dos sócios ao lucro então também será certo que o mesmo terá que se concretizar em deveres por parte de quem tem a seu cargo os destinos da sociedade.
29. O direito ao lucro por si só não terá qualquer concretização prática se não for devidamente acompanhado dos mecanismos concretizadores e concretizáveis em deveres por parte dos gestores.

V.

30. Na génese da problemática do “*dever de gestão*” encontra-se o preceituado no artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.
31. A definição terá necessariamente que englobar o conteúdo do definido, ou seja, a primeira das obrigações do órgão de gestão terá que corresponder ao próprio dever de gerir com vista à obtenção dos melhores resultados possíveis.
32. O órgão de gestão tem a obrigação de maximizar a sua estrutura societária e produtiva, com o respeito pelos deveres de cuidado, diligência e lealdade, para a otimização produtiva com o objetivo de obter o maior lucro possível.
33. Ainda que não expressamente previsto no artigo 64.º do CSC, estará implícito, no espírito da norma e, conseqüentemente, nas funções deste órgão de gestão, tal dever, pelo que os deveres de cuidado e de lealdade identificados na norma deverão ser interpretados no âmbito desse dever geral dos gestores.
34. Os deveres de cuidado e lealdade serão corolários do intitulado “*dever de gestão*”, pelo que estes deveres adjetivos terão necessariamente de se reportar à função

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

de administração da sociedade. A obrigação de administrar é um conceito-síntese da atividade do órgão de gestão.

35. Atualmente, a letra da norma apoia esta interpretação, remetendo-nos para uma atividade com vista à gestão criteriosa e ordenada, consubstanciada em conhecimentos e aptidões técnicas para o exercício de tais funções.
36. Sobre o órgão de gestão impede uma obrigação de meios, sendo que os maus resultados apresentados ou os resultados medíocres e/ou que se mostrem abaixo do expectável, pela empresa, servirão de bitola ainda que meramente indiciária de uma violação desse dever geral de administração.
37. Se é verdade que se assiste a uma tendência no sentido de se reconhecer o dever geral de gestão por parte dos membros do órgão de gestão também é verdade que, relativamente à sindicabilidade desse dever e subsequente responsabilização do órgão de gestão, o debate doutrinal é mais inflacionado.
38. No centro da controvérsia está o disposto no artigo 72.º do CSC, sob a epígrafe “*Responsabilidade de membros da administração para com a sociedade*”, mais precisamente no seu n.º 2, no qual se estatui o princípio *business judgment rule*.
39. Quer a doutrina quer a jurisprudência nacionais, privilegiam o princípio da insindicabilidade do mérito das decisões de gestão – *stricto sensu* – no governo das sociedades, na senda do já vem sendo doutrinado nos ordenamentos jurídicos norte-americano e alemão.
40. Com efeito, para que a *business judgement rule* explanada no artigo 72.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais possa atuar, terão que se verificar três pressupostos a saber: (i) tratar-se de decisão empresarial; (ii) tomada em benefício da sociedade; (iii) com base em informação adequada.
41. Consequentemente, para efeitos de responsabilização civil dos administradores por via de violação do dever de gestão terá que se proceder à análise do preenchimento dos referidos pressupostos, sendo que em caso afirmativo, tal decisão será insindicável.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

42. No que à poupança fiscal diz respeito, para a doutrina comercialista, ainda que se admita a existência de um “*sub-dever de gestão tributária*”, dificilmente se poderá concluir pela sindicabilidade jurisprudencial das decisões de cariz fiscal.
43. Estando a *business judgement rule* dependente daqueles pressupostos de aplicação, certamente se concluirá que a maioria das decisões de cariz fiscal, ficará acomodada na discricionariedade da decisão de gestão.
44. Só nas decisões em que a desvantagem fiscal para a sociedade se mostre clamorosa é que a sindicabilidade da decisão se poderá colocar, com base na violação do dever de obter uma informação adequada à decisão a tomar, e ainda assim, tal prova estará dependente de um exercício comparativo com o critério do “*gestor criterioso e ordenado*”.
45. O órgão de gestão pode ser destituído, com justa causa, a qual poderá consistir, nomeadamente, na violação por ação, ou omissão, das obrigações dos membros dos órgãos de gestão, ou na incapacidade para o exercício normal das respetivas funções (cf. artigos 257.º, n.º 6 e 403.º, n.º 4, ambos do CSC).
46. A doutrina e a jurisprudência nacionais são bastante cautelosas na aplicação de justa causa de destituição dos membros do órgão de gestão, sendo que não bastará uma mera incapacidade ou inadaptação daqueles membros.
47. Para efeitos de destituição dos membros do órgão de gestão será necessário que se apure factualidade que consubstancie uma violação grave – com dolo ou negligência grosseira – dos deveres do órgão de gestão.
48. A opção por um determinado ato, negócio ou operação que cause um “*custo*” fiscal acrescido ao que seria expectável, terá que se mostrar como sendo um incumprimento culposo ou, no mínimo, grosseiramente negligente para que leve à justa causa de destituição.
49. Dificilmente se conseguirá justificar a destituição desse órgão com justa causa, consubstanciada numa decisão fiscal que represente um custo acrescido, desde logo, porque sempre faltará o requisito do dolo, ou até, da negligência grosseira.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

50. A opção por um determinado ato, negócio ou operação que não tenha em vista a melhor solução ao nível da poupança fiscal, mas que ainda assim se mostre legítima, será, para efeitos do direito societário, por regra e em princípio, insindicável, pelo que, conseqüentemente, sem conseqüências na esfera jurídico-privada dos membros do órgão de gestão, no que respeita ao incumprimento do reconhecido “*sub-dever de gestão fiscal*”.

VI.

51. O conceito de “*planeamento fiscal*” está longe de ser consensual na doutrina.

52. Para efeitos da matéria levada a estudo, pretendemos colocar-nos do lado da licitude fiscal e aí, dentro das várias opções fiscais que se coloquem ao seu aplicador, aferir se aquele tem o dever/obrigação de optar pela que se mostre fiscalmente mais vantajosa para o ente societário.

53. Teremos que aferir qual o campo de atuação de que dispõe o membro do órgão de gestão, sem ultrapassar a linha divisória entre a licitude e a ilicitude da opção de escolha fiscal, para, aí se concluir se ficou aquém da melhor solução jurídico-tributária, ou se, ao invés, maximizou a sua opção tributária.

54. Tendo ficado aquém da maximização da poupança fiscal possível na realização daquele ato, negócio e/ou operação, quais as conseqüências que daí advêm para os membros do órgão de gestão em causa.

55. Esta eventual exigência pela constante caminhada digna de “*trapezismo de circo*” entre a legalidade e a ilegalidade acarretará elevadíssimos riscos para os membros daquele órgão de gestão.

56. É certo que o panorama do ordenamento jurídico-tributário nacional – e, aliás, internacional – está longe de se mostrar como um ordenamento neutral.

57. Tal inexistência de neutralidade fiscal deve-se a inúmeros fatores dos quais e sem se pretender ser exaustivo será de se realçar as opções políticas dos próprios Estados, ao condicionarem os comportamentos dos agentes económicos com base em decisões extrafiscais, a necessidade de uma espécie de competitividade internacional entre os Estados para angariação de mais agentes

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

económicos para as suas fronteiras internas, a própria complexidade do sistema fiscal, as contingências macroeconómicas e subsequente angariação de mais ou menos receitas fiscais, feita a prazos anuais mediante as necessidades orçamentais e, porventura, a falta de cuidado do legislador na elaboração de determinados diplomas jurídico-tributários.

58. A reconhecida inexistência de neutralidade fiscal do nosso ordenamento jurídico proporciona ao agente económico – munido de racionalidade económica – a possibilidade de escolha.
59. Encontramos no nosso ordenamento jurídico-tributário uma definição de *“planeamento fiscal”*, explanada no Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro, onde se preceitua que o *“planeamento fiscal – para efeitos das obrigações de comunicação – [será] qualquer esquema ou atuação que determine, ou se espere que determine, de modo exclusivo ou predominante, a obtenção de uma vantagem fiscal.”*
60. Salvo melhor opinião, tal definição de *“planeamento fiscal”* apenas poderá ter o seu âmbito de aplicação circunscrito àquele diploma, pelo que não poderá ser alvo de exercício extrapolativo para efeitos de concretização do referido conceito, com aplicação à generalidade do ordenamento jurídico, servindo como mera ferramenta interpretativa.
61. Poder-se-ão distinguir estas realidades por *“fraude à lei fiscal”* por um lado, e *“fraude fiscal”* por outro, sendo que aquela primeira será a que se mostrará mais próxima da fronteira entre o comportamento legítimo e a atuação ilegítima.
62. Os limites entre o legítimo e o ilegítimo não poderão ser encontrados, pelo menos de forma exclusiva, com base num exercício de *“adivinhação”* da vontade do legislador, com o intuito de se descortinar a intenção deste último.
63. Tal opinião doutrinária, levada aos extremos, tenderá a afastar-se da positividade normativa.
64. A delimitação fronteiriça entre o legítimo e o ilegítimo com base apenas numa espécie de *“adivinhação”* da intenção do legislador acarretará uma inflação da

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

insegurança e incerteza e onera, em demasia, o contribuinte, ou sujeito passivo, dependendo, exclusivamente, da sua sensibilidade para perceção da intenção do legislador.

65. No âmbito do *“planeamento fiscal”* – em sentido próprio –, o contribuinte não se faz valer de quaisquer meios artificiosos ou inusuais para obter uma mais-valia fiscal, a qual, na grande maioria dos casos, corresponderá a uma poupança no encargo fiscal. O contribuinte limita-se a, de entre as opções de enquadramento tributário resultantes de um sistema pouco neutral, optar pelo ato, negócio, operação ou esquema que corresponda às suas pretensões e que lhe acarrete um menor encargo tributário presente ou futuro.
66. Abranger no conceito de *“planeamento fiscal”* as situações abusivas e patológicas é de algum modo contribuir para uma menor diferenciação entre as atuações legítimas e ilegítimas e se misturarem situações que estão longe de serem similares ou até de terem tratamento jurídico similar quanto às suas consequências, como o que pretende fazer o legislador no âmbito do Decreto-Lei n.º 29/2008, de 25 de fevereiro.

VII.

67. Questão distinta e mais complexa, cuja resposta está longe de ser unanime, será a da identificação da linha delimitadora entre a atuação legítima e a atuação ilegítima. A dúvida prende-se em saber que tipo de comportamentos ou omissões são colocados à disposição do contribuinte para que este melhor possa gerir os seus encargos tributários com vista à poupança fiscal.
68. A linha de fronteira entre o que se poderá considerar por atuações ou esquemas legítimos – *“planeamento fiscal”* em sentido próprio –, de um lado, e, por outro, as atuações e esquemas ilegítimos, fraudulentos, evasivos ou elisivos, será melhor traçada com base num critério objetivo que tenha em vista, maioritariamente, a adequação da operação.
69. Este critério tem a vantagem, em relação ao critério subjetivo consubstanciado na *“adivinhação”* da intenção e vontade do legislador, de trazer mais segurança

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

e certeza na delimitação da linha de separação, por se tratar de um critério marcadamente objetivo, mas não tão abrangente como o critério protagonizado pelo nosso legislador.

70. Ainda assim tem subjacente a ideia de usualidade das operações, remetendo-nos para uma ideia de habitualidade do ato, negócio, operação ou esquema.
71. A usualidade, como critério delimitador da fronteira, levada aos extremos e adotada em exclusivo, poderá corresponder a um forte desincentivo da criatividade e inovação numa área em que estas características poderão fazer a diferença na competitividade empresarial, o que será indesejável.
72. Quaisquer soluções que ponham em causa a busca incessante pela inovação e criatividade capaz de garantir uma maior rentabilização económica dos próprios agentes económicos deverão ser evitáveis, visto que, poucos serão os que, perante um esquema ou atuação revolucionários e inovadores, arrisquem ficar na incerteza de saber se uma determinada operação é legítima ou ilegítima, porque tal nunca, ou raramente, foi experimentado.
73. O critério da adequação económica, apesar de se basear em aspetos objetivos, reduzindo a insegurança e a incerteza na delimitação da linha de fronteira entre o lícito e o ilícito, mostra-se, ainda assim, incapaz de assegurar o desaparecimento da *“zona acinzentada”* entre estas duas realidades.
74. A linha de separação entre a licitude e ilicitude deverá ser obtida por via de um critério complexo que compreenderá a um misto dos dois critérios supra identificados, sendo a sua delimitação estabelecida com base na adequação económica e racional para a realização de um determinado fim, desde que não ofenda de forma manifesta os princípios orientadores do sistema.
75. A fronteira delimitadora entre a atuação legítima e ilegítima será caracterizada pela sua indefinição matemática e milimétrica *“imobilidade”*, essencialmente aferível no caso concreto mediante a análise do circunstancialismo do mesmo, cujos critérios balizadores serão a adequação da operação e a coerência com os

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

princípios orientadores do sistema, bem como a maior ou menor neutralidade das normas tributárias.

76. Quanto maior for a neutralidade das normas jurídico-tributárias, menor parece ser a liberdade do contribuinte na sua *“economia de escolha”* ou *“gestão fiscal”*.
77. A *“censurabilidade”* da opção do agente económico está umbilicalmente ligada ao *“cuidado”* transposto pelo legislador na elaboração das normas, optando ou não pela uniformização e neutralização da tributação de situações similares entre si.
78. A referida censurabilidade da *“bondade”* do *“planeamento fiscal”* deverá estar, de alguma forma, condicionada ao circunstancialismo dos deveres jurídicos em que se encontre o operador jurídico em causa.

VIII.

79. Para além da responsabilidade dos sujeitos passivos originários, a responsabilidade tributária pode alargar-se a outras pessoas, a título de responsabilidade solidária ou subsidiária, nos termos do disposto no artigo 22.º, n.º 2 da LGT.
80. O ordenamento jurídico-tributário prevê diversas normas de responsabilização dos membros dos órgãos de gestão societária, conforme resulta do artigo 24.º da LGT.
81. A consequência geral pela transposição da linha transfronteiriça entre a licitude e a ilicitude poderá passar pela tributação do ato ou negócio que não praticou, mas que, na realidade, por aplicação da cláusula geral anti abuso, é como se tivesse praticado, tributando-se, assim, o negócio que a Administração Fiscal considera que seria normal e adequado para os fins económicos que as partes pretendiam.
82. Negócio que, naturalmente, se mostra fiscalmente mais oneroso para o agente económico. Caso a sociedade não tenha património suficiente para fazer face a tais correções tributárias, serão os membros do órgão de gestão, por força do disposto no artigo 24.º da LGT, responsabilizados subsidiária e solidariamente entre si por tais *“custos”*.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

83. Nos termos do disposto no artigo 8.º do RGIT os membros do órgão de gestão são subsidiariamente responsáveis pelas multas ou coimas aplicadas a infrações por factos praticados no período do exercício do seu cargo ou por factos anteriores quando tiver sido por culpa sua que o património da sociedade ou pessoa coletiva se tornou insuficiente para o seu pagamento; ou, ainda, pelas multas ou coimas devidas por factos anteriores quando a decisão definitiva que as aplicar for notificada durante o período do exercício do seu cargo e lhes seja imputável a falta de pagamento.
84. A atuação dos membros do órgão de gestão está sujeita a uma enorme pressão por parte do ordenamento jurídico-tributário no que respeita à sua responsabilização por dívidas e atos imputáveis aos entes societários.
85. A atuação mais arriscada no que respeita à gestão fiscal, com uma aproximação à linha acinzentada mais escurecida do *“planeamento fiscal”* poderá corresponder a uma efetiva responsabilização daqueles mesmos membros do órgão de gestão societária, com consequências na sua esfera jurídica privada.

IX.

86. A doutrina, praticamente, de modo consensual, reconhece tal direito ao *“planeamento fiscal”*, por parte do agente económico.
87. Tendemos a reconhecer o direito ao *“planeamento fiscal”* por parte do agente económico, que consubstancia, por natureza, uma atividade legítima e, até, desejada pelo sistema, ou, pelo menos, inevitável perante um sistema tributário que está longe de se apresentar neutral.
88. A jurisprudência europeia tem vindo a pugnar pelo direito ao *“planeamento fiscal”*, veja-se, a título meramente exemplificativo, os famosos Acórdãos Halifax e Cadbury Schweppes.
89. A Jurisprudência nacional acompanha esse entendimento, veja-se Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 31-01-2012, proferido no âmbito do processo n.º 05097/11, ou até o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 15-02-2011, proferido no âmbito do processo n.º

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

04255/10, bem como o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte, datado de 28-09-2017, proferido no âmbito do processo 01188/11.0BEPRT.

90. O legislador não proíbe todo o tipo de “*planeamento fiscal*”, muito pelo contrário: nalguns casos facultando-o e incentivando-o de forma bastante evidente.
91. O sistema jurídico-tributário está recheado de possibilidades de escolha concedidas pelo próprio legislador para que o contribuinte possa optar por determinado negócio, ato ou operação que se lhe afigurar mais adequado, pelo que poucas dúvidas restarão quanto à consagração legal deste direito ao “*planeamento fiscal*”, intimamente ligado, aliás ao princípio da autonomia privada, consagrado constitucionalmente, bem como ao princípio da legalidade, concretizável na admissibilidade da escolha tributária que se mostre mais vantajosa para o agente económico, desde que se respeitem os limites da licitude da sua atuação, e, no “reverso da medalha”, na obrigação/dever por parte da Administração Tributária de não proceder à requalificação ou qualquer outra reação contra tais atos, mesmo que impliquem, naturalmente, uma perda de receita pública, por via de uma tributação menos onerosa ou inexistente aplicável ao sujeito passivo/contribuinte.

X.

92. Está longe de ser reconhecida a existência de um “*dever de planeamento*” com vista à poupança fiscal entre a doutrina.
93. O “*dever geral de planeamento fiscal*” não recai sobre o comum dos mortais.
94. O princípio da autonomia privada faculta ao comum dos cidadãos a possibilidade de escolha ou não pelo regime fiscal que se mostre mais vantajoso, para si próprio. É assim livre o cidadão comum de fazer “*maus negócios fiscais*”.
95. Os membros dos órgãos de gestão societária estão obrigados ao “*dever de planeamento fiscal*”, desde logo porque as sociedades comerciais têm como fim último a obtenção do lucro.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

96. Por outro lado, os sócios/acionistas têm efetivamente direito a quinhão nos lucros da sociedade, resultantes da sua atividade, por via de imperativos legais e/ou estatutários.
97. Por último, apesar de não estar expressamente consagrado em disposição do CSC, verdade é que os membros dos órgãos de gestão estão obrigados a um dever geral de gestão no âmbito das suas funções, o qual se repercute e efetiva na obrigatoriedade de se tomarem as decisões e realizarem os atos que melhor defendam os interesses dos respetivos entes societários, o que se traduzirá na obrigatoriedade de tomada de decisões que maximizem o lucro.
98. Será expectável e exigível que os gestores tenham preocupações de redução dos custos com os encargos tributários das sociedades comerciais, nomeadamente por via da alternativa fiscal que represente menores encargos tributários.
99. No âmbito dos deveres de boa gestão societária, os membros dos órgãos de gestão estão obrigados à adoção de medidas de *“planeamento fiscal”*, justificável, desde logo, pela própria inexistência de neutralidade fiscal do nosso sistema jurídico-tributário, com vista à redução dos custos.
100. O gestor está obrigado a, perante duas ou mais operações que, por via da inexistência de neutralidade fiscal, apresentem consequências e/ou custos tributários distintos, escolher o regime que se lhe afigure mais vantajoso, ou seja, o que acarretar menores custos para a respetiva sociedade comercial.
101. Com o reconhecimento da existência de um *“dever de gestão fiscal”* aplicável aos membros dos órgãos de gestão societária, constatamos uma aparente encruzilhada de deveres, com o risco de colocarmos os gestores, numa espécie de *“zona desmilitarizada do paralelo 38 da fiscalidade moderna”*.
102. Atento o *“sub-dever de gestão fiscal”* que obriga os membros dos órgãos de gestão à maximização da sua escolha fiscal, não lhes bastará ficarem-se pela zona acinzentada de tom mais clareado da delimitação fronteiriça. Caso tal se mostre mais vantajoso para o erário do ente societário, o órgão de gestão está obrigado a optar pelo ato, negócio ou operação de tons mais escurecidos possíveis, com o

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

correspondente acréscimo de risco quanto à consideração da “bondade” da operação em apreço.

103. Aqui as dúvidas multiplicam-se: os deveres de boa gestão do órgão de gestão impostos pelo direito societário, bem como o fim último das sociedades, parecem levar-nos a concluir que uma atuação, porventura, mais inovadora e/ou arriscada, que se consubstancia num percurso próximo ou até em cima da linha divisória entre as atuações legítimas e ilegítimas, será “desculpabilizada”.
104. Os membros do órgão de gestão encontram-se numa espécie de conflito de deveres, ao estilo do preceituado no artigo 36.º do Código Penal entre o dever de gerir a sociedade e o dever de cumprir os ditames da licitude fiscal, ou até, em sentido positivo, numa espécie de conflito de direitos entre o direito da sociedade ao lucro e o direito da Administração Tributária à tributação por via do cumprimento dos normativos e princípios legais do sistema.
105. Parece-nos defensável que o “direito” da Administração Tributária deverá ser contraído, por via do “sub-dever de gestão fiscal” que incide sobre o órgão de gestão.
106. O “planeamento fiscal” dos membros dos órgãos de gestão tem uma maior amplitude na sua vertente acinzentada – logo na sua licitude –, por via das funções que desempenham e do cumprimento dos seus deveres a que estão obrigados.
107. No reverso da medalha do exercício racional e argumentativo sempre se alertará para o facto de o ordenamento jurídico-tributário se mostrar bastante adverso ao risco do “planeamento fiscal”, mais que não seja pela possibilidade da reversão das dívidas fiscais por via da figura da responsabilidade subsidiária.
108. Tal contingência procedimental mais do que atenuar o ímpeto no que respeita a um “planeamento fiscal” mais assertivo e inovador, com vista à poupança fiscal do ente societário, parece limitar o “sub-dever de gestão fiscal”.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

109. Na perspetiva agora abordada, poder-se-á concluir que os membros do órgão de gestão estão, de alguma forma, desculpabilizados aquando do incumprimento daquele “*sub-dever de gestão fiscal*” ao optarem por um caminho mais cauteloso.
110. Tal perspetiva mais previdente ganhará ainda mais força argumentativa se ao já explanado se acrescentar a regra da insindicabilidade do mérito da decisão ou ato de gestão por via do princípio *business judgment rule*.
111. Poderemos ser levados a concluir que o legislador pretendeu encolher o direito ao “*planeamento fiscal*” societário, com a respetiva contração do âmbito de aplicação do “*sub-dever de gestão fiscal*”, numa espécie de postura anti inovação e anti risco societário.
112. Estamos perante uma espécie de “*bipolaridade patológica sistémica*” do nosso ordenamento jurídico-tributário/societário, que tanto parece incentivar e impelir o agente económico ao “*planeamento fiscal*” societário, como, ao mesmo tempo, parece desincentivar e impedir esse mesmo “*planeamento fiscal*”.
113. Atenta a invocada “*bipolaridade patológica sistémica*”, o instinto de sobrevivência do ser humano e a cautela levar-nos-ão, na prática, a concluir em sentido negativo à questão que colocámos inicialmente, ou seja, apesar de nada ser “*mais certo neste mundo do que a morte e os impostos*” “*evitar os impostos* [está longe de se mostrar como sendo] *a única atividade que atualmente contém alguma recompensa*” atentos os riscos que resultam da encruzilhada em que os membros do órgãos de gestão se encontram entre a obtenção do lucro, por via da poupança fiscal e o cumprimento dos ditames da fiscalidade.

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

BIBLIOGRAFIA:

ABREU, Manuel Coutinho de, “Curso de Direito Comercial – Das Sociedades”, Volume II, 1.^a edição, Almedina, 2002;

ABREU, Jorge Manuel Coutinho de, (Coordenação), “*Estudos de Direito das Sociedades*”, 6.^a Edição, Coimbra, Almedina, 2003;

AFONSO, Sérgio Brigas, “Regime Societário e Fiscal dos Créditos por Prestações Suplementares e Prestações Acessórias” in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 2, Almedina, ano X 217;

ALMEIDA, António Pereira de, “*Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*”, 5.^a edição (Reformulada e atualizada de acordo com os Decretos-Leis n.ºs 8/2007 e 357-A/2007, Coimbra Editora, 2008;

ANDRADE, Pedro Maria de Castro Rebelo de, “*O Actual Paradigma da Interpretação da Cláusula Anti-Abuso do Regime da Neutralidade Fiscal*” tese de mestrado, Universidade católica Portuguesa – Lisboa, Católica Tax, 2014;

ASCENSÃO, José de Oliveira, “*Direito Comercial, Volume IV, Sociedades Comerciais, Parte Geral*”, Lisboa 2000;

BHATIA, Ashok Kumar, “*Como Sobreviver na Selva Empresarial – Guia Prático*”, Vida Económica, 2016;

BRUNETTI, A., “*Tratado del derecho de las sociedades*”, Volume I, tradução para castelhano por Filipe de Solá Cañizares, Unión Tipográfica Editorial Hispano Americana – Uteha, Argentina, Buenos Aires, 1960;

CALDEIRA, Paulo, BORREGO, Ana Clara e AMORIM, José de Campos, in “*Gestão fiscal nas pequenas empresas e a importância da forma jurídica: a opção entre ENI e sociedades por quotas*”, *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal* 3, Almedina, ano

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

IX 3 16;

CARLOS, Américo Fernando Brás, in *“Impostos Teoria Geral”*, Almedina, 5.^a Edição Atualizada, Almedina, 2016;

CATARINO, João Ricardo e GUIMARÃES, Vasco Branco, *“Lições de Fiscalidade Vol I – Princípios Gerais e Fiscalidade Interna”*, Almedina, 4.^a Edição, 2015;

CORDEIRO, António Menezes, *“Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais”*, Lex, Lisboa, 1997;

CORDEIRO, António Menezes, *“Manual de Direito das Sociedades I – Das Sociedades em Geral”*, 2.^a edição, 2007;

Correia, A. Ferrer – *Lições de Direito Comercial*, vol. II, Sociedades Comerciais, Doutrina Geral, Universidade de Coimbra, 1968 (policopiado);

CORREIA, António Ferrer *“Estudos Jurídicos, II”*, Coimbra, 1969;

CORREIA, Luís Brito, *“Os administradores de sociedades anónimas”*, Coimbra, 1993;

COURINHA, Gustavo Lopes, in *“A Cláusula Geral Anti-Abuso no Direito Tributário: Contributos para a sua Compreensão”*, Coimbra, Almedina, Reimpressão da Edição de Maio 2004, 2009;

CUNHA, Diogo Lemos e, *“A destituição de administradores de sociedades anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de destituição”*, Revista da Ordem dos Advogados, ano 74, vol. II, 2014;

CUNHA, Paulo Olavo, *“Direito das Sociedades Comerciais”*, 6.^a Edição, Almedina, 2016;

DAMÁSIO, António R., *“O Erro de Descartes – emoção, razão e cérebro humano”*, 3.^a Edição (trad. Dora Vicente e Georgina Segurado), Companhia das Letras, 2012;

DIAS, Cristiano, *“Direitos Especiais dos Sócios”*, Coimbra, Almedina, 2015;

DOURADO, Ana Paula, *“Direito Fiscal – Lições”*, 2.^a Edição, Almedina, 2017;

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *“Manual de Direito da Insolvência”* Almedina, 6.^a Edição, 2014;

FERNANDES, Luís A. Carvalho e LABAREDA, João, *“Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas Anotado”*, Quid Juris, 2009;

FERREIRA, Domingos, *“Fusões, aquisições e reestruturações de empresas Vol. I”*, Sílabo Editora, 2002;

FRADA, Manuel A. Carneiro da, *“A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”*, in *Nos 20 anos do Código das sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra Editora, 2007;

FURTADO, Jorge Henrique Pinto, in *“Curso de Direito das Sociedades Comerciais”*, Almedina, 2000;

GOMES, Nuno de Sá, *“Evasão Fiscal, Infracção Fiscal e Processo Penal Fiscal”*, 2.^a Edição, Rei dos Livros, 2000;

GOMES, Nuno de Sá, *“Manual de Direito Fiscal”*, Volume I, 12.^a Edição com Adenda, Rei dos Livros, 2003;

GOMES, Nuno de Sá, in *“Manual de Direito Fiscal, Volume I”*, 12.^a Edição com Adenda, Editora Rei dos Livros, 2003;

LEIRIÃO, Patrícia Meneses, *“A cláusula geral ANTIABUSO e o seu procedimento de aplicação”*, Porto, Vida Económica, 2012;

LEITÃO, LUÍS Manuel Teles de Menezes *“Direito da Insolvência”*, 7.^a Edição, Almedina, 2017;

LIMA, Pires de e VARELA, Antunes in *“Código Civil Anotado, Volume II”*, 4.^a Edição, Revista e Actualizada, Coimbra Editora, 1997;

LOPES, Cidália e BRITES, Rui *“O conhecimento fiscal, as percepções fiscais e a educação fiscal em Portugal”*, Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Almedina, ano VIII 4 15;

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *“Manual de Direito Fiscal – Perspetiva Multinível”*, Almedina, 2016;

MAIA, Pedro, *“Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima”*, Coimbra, 2002;

MARQUES, Paulo, GONÇALVES, Pedro Correia e MARQUES, Rui in *“Responsabilidade Tributária e Penal dos Gestores, Advogados, Contabilistas e Auditores – Impostos, Crime e Castigo”*, Almedina, 2017;

MARGALHO, Paulo, de *“O Abuso do Direito no Direito Tributário – Dois Pesos e Duas Medidas? A Caminhada pelo Deserto Doutrinário...”*, Revista de Direito Civil, Lisboa, Almedina. - Ano 1, n.º 3 (2016);

MARTÍNEZ, Soares, *“Economia Política”*, Almedina, 8.ª Edição, 1998;

MARTÍNEZ, Soares, *“Direito Fiscal”* 10.ª Edição Reimpressão, Almedina - Coimbra, 2010;

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS, Rui, in *“Constituição Portuguesa Anotada, Tomo I, Introdução Geral, Preâmbulo Artigos 1º a 79º”*, Coimbra Editora, 2005;

NABAIS, José Casalta, *“Direito Fiscal”*, 7.ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014;

NABAIS, José Casalta, *“O Dever Fundamental de Pagar Impostos – Contributo para a compreensão constitucional do estado fiscal contemporâneo”*, 4.ª Reimpressão, Coimbra, Coleção Teses, Almedina, 2015;

NUNES, Pedro Caetano, *“Corporate Governance”*, Almedina, 2006;

NUNES, Pedro Caetano, *“Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas”*, Reimpressão, Almedina, 2018;

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *“Manual de Governo das Sociedades”*, Reimpressão, Almedina, 2017;

PALMA, CLOTILDE CELORICO, *“A Joanhina e os Impostos – Uma História de Educação*

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

Fiscal para Crianças” Almedina, 2016;

PEREIRA, J. F. Lemos e MOTA, A. M. Cardoso, in *“Teoria e Técnica dos Impostos”* 21.^a Edição (Revista, melhorada e atualizada), Rei dos Livros, 1997;

PEREIRA, Manuel Henrique de Freitas, *“Fiscalidade”*, 3.^a edição, Coimbra - Almedina, 2009;

PEREIRA, Paula Rosado, *“Princípios do Direito Fiscal Internacional – Do Paradigma Clássico ao Direito Fiscal Europeu”*, Coimbra, Coleção Teses, Almedina, 2010.

PIRES, Manuel e PIRES, Rita Calçada *“Direito Fiscal”*, 5.^a edição Corrigida e Aumentada, Coimbra - Almedina, 2012;

PRATA, Ana in *“Dicionário Jurídico, Volume I”* 5.^a Edição, 3.^a Reimpressão, Almedina, 2010;

RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos, *“Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais”*, Coimbra, 2002;

RAMOS, Maria Elisabete Gomes Ramos, *“Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”*, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 73;

RANGEL, Rui, *“A vinculação das sociedades anónimas”*, Edições Cosmos, 1998;

ROCHA, Joaquim Freitas da, in *“Lições de Procedimento e Processo Tributário”*, 3.^a Edição, Coimbra Editora, 2009;

RODRIGUES, Ana Maria Gomes, *“A Joaquinha e os Impostos – Uma História de Educação Fiscal para Adolescentes”*, Almedina, 2016;

RODRIGUES, Ilídio Duarte, *“A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores”*, Livraria Petrony, Lda. Lisboa, 1990;

SANCHES, José Luís Saldanha, *Os Limites do Planeamento Fiscal – Substância e Forma no Direito Fiscal Português, Comunitário e Internacional*, Coimbra, Coimbra, 2006;

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

SANCHES, José Luís Saldanha, *“Manual de Direito Fiscal”*, 3.^a edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2007;

SANTOS, António Carlos dos, GONÇALVES, Maria Eduarda e MARQUES, Maria Manuel Leitão in *“Direito Económico”*, 7.^a Edição, Almedina, 2014;

SANTOS, Filipe Cassiano, *“Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística”*, Coimbra Editora, 2006;

SERENS, Manuel Nogueira, *“Notas sobre a sociedade anónima”*, Coimbra Editora, 1995;

SERRA, Catarina, *“Lições de Direito da Insolvência”*, Almedina, 2018;

SILVA, Filipe Lobo, *“As Operações de Reestruturação Empresarial como Instrumento de Planeamento Fiscal”*, Almedina, 2016;

SILVA, João Soares da, *“Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da corporate governance”*, Revista da Ordem dos Advogados, 1997;

TEIXEIRA, Glória *“Manual de Direito Fiscal”*, 4.^a Edição, Almedina, 2016;

TEIXEIRA, Manuela Duro, *“Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal – Algumas Notas”*, in *“Reestruturação de Empresas e Limites do Planeamento Fiscal”*, organizado por J.L. Saldanha Sanches, Francisco de Sousa da Câmara e João Taborda da Gama, Coimbra Editora, 2009;

VASQUES, Sérgio, *“Manual de Direito Fiscal”*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2012;

VALLES, Edgar, *“Responsabilidade dos Gerentes e Administradores”*, 2.^a Edição, Almedina, 2018;

VENTURA, Raúl e CORREIA, Luís Brito, *“Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas”*, Boletim do Ministério da Justiça, nº 192;

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

VIEIRA, Lauriana Rita Pires, “*Planeamento Fiscal Abusivo: Exemplificação de Alguns Esquemas*”, dissertação de Mestrado em Contabilidade e Finanças, Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto, Instituto Politécnico do Porto, 2014;

XAVIER, Alberto, “*Direito Tributário Internacional*”, 2.^a edição atualizada, Coimbra, Almedina, 2011;

JURISPRUDÊNCIA:

Tribunal Central Administrativo Sul

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 31-01-2012, proferido no âmbito do processo n.º 05097/11 – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>;

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, datado de 15-02-2011, proferido no âmbito do processo n.º 04255/10 – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>.

Tribunal Central Administrativo Norte

Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte datado de 28 de setembro de 2017 proferido no âmbito do processo n.º P.01188/11.0BEPRT, – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>

Tribunal Relação de Évora

Acórdão do Tribunal da Relação de Évora, datado de 09-11-2006, proferido no âmbito do processo n.º 1676/06-3 – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>;

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Tribunal Relação de Lisboa

Acórdão da Relação de Lisboa, datado de 15 de dezembro 2005, consultável in, CJ, ano XXX, t. V, 2005

Tribunal Relação do Porto

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 12-12-94, *in* Col. Jur., 1994;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 23-04-2018 proferido no âmbito do processo n.º 523/15.7T8AMT-A.P1 – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>

Supremo Tribunal de Justiça

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 23-05-2002, proferido no âmbito do processo n.º 02B1152 – disponível para consulta em <http://www.dgsi.pt>

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 15 de fevereiro de 2000, consultável in BMJ 494, 2000;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 20 de janeiro de 1983, consultável in BMJ 323, ano 1983;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 26 de novembro de 1987, consultável in BMJ 371, ano 1987;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 9 de julho de 1998, consultável in BMJ 479, ano 1998;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 20 de janeiro de 1999, consultável in CJ/Supremo VII, ano 1999;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 10 de fevereiro de 2002, consultável in BMJ 494, ano 2000;

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, datado de 11 de julho de 2006, consultável
in CJ/Supremo XIII, ano de 2006;

Tribunal de Justiça da União Europeia

Acórdão Halifax, proferido em 21 de fevereiro de 2006, no âmbito do processo n.º C-
255/02 disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>;

Acórdão Cadbury Schwepps, proferido em 12 de Setembro de 2006, no âmbito do processo
n.º 0196/04, disponível para consulta em <http://curia.europa.eu>;

A POUPANÇA FISCAL NA GESTÃO DAS SOCIEDADES

**E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE**

ÍNDICE:

Nota de Agradecimento	4
Abreviaturas	6
Resumo	8
Abstract	10
I. Nota Introdutória	12
II. Da Sequência do Trabalho e Notas Preliminares	20
III. Do Fim das Sociedade	24
IV. Do Direito ao Lucro	32
V. Do Estatuto do Gestor – Deveres do Órgão de Gestão	40
a. Do Reconhecimento do Dever de Gestão e sua Concretização	42
b. Da Responsabilização/Sindicabilidade do Dever de Gestão/Dever de Diligência e a Bitola da Business Judgment Rule	51
i. Breves Referências de Direito Internacional – o Exemplo Norte- Americano	52
ii. Breves Referências de Direito Interno	55
iii. Das Considerações Intercalares	58
c. Das outras formas de Responsabilização/Sindicabilidade do Dever de Gestão	60
VI. Da (In)Existência de Neutralidade Fiscal e da Concretização Terminológica do Planeamento/Poupança Fiscal	67
a. Da (In)Existência de Neutralidade Fiscal	69
b. Do Tratamento Legislativo da Figura do Planeamento Fiscal	75
c. Do Tratamento Doutrinário da Figura do Planeamento Fiscal	79
VII. Da Delimitação Transfronteiriça entre o Planeamento Fiscal e a Elisão	90
VIII. Das Consequências Físicas da Transposição da Linha Transfronteiriça entre a Licitude e a Illicitude (Breves Notas)	99

**A POUPANÇA FISCAL
NA GESTÃO DAS SOCIEDADES**

E A ENCRUZILHADA ENTRE O DESEJO DE OBTER O LUCRO E A NECESSIDADE DE
CUMPRIR OS DITAMES DA FISCALIDADE

IX.	Do Direito ao Planeamento com vista à Poupança Fiscal -----	103
X.	Do Dever ao Planeamento com vista à Poupança Fiscal – Posição Adotada (Inconclusiva) -----	110
XI.	Das Conclusões -----	120
	Bibliografia -----	136
	Jurisprudência -----	142
	Índice -----	145